



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 237/2020 – São Paulo, segunda-feira, 28 de dezembro de 2020

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SUBSECRETARIA DA 1ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034026-16.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: PAULO MELLO ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAULO DE FIGUEIREDO FERRAZ PEREIRA LEITE - SP317575-A, MARCOS VINICIUS PASSARELLI PRADO - SP154632-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos em plantão judiciário de recesso.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PAULO MELLO ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA em face da r. decisão interlocutória que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido de liminar.

A parte agravante alega, em síntese, que, por equívoco, recolheu as contribuições previdenciárias por meio de GPS entre os períodos de 04/2019 e 03/2020, quando o correto seria por meio da DC TF Web, como determinado pela Instrução Normativa RFB nº 971/2009. Por conseguinte, apresentou pedido administrativo de conversão de GPS em DARF (Processo Administrativo nº 10166.729012/2020-32), no qual foi deferida "*parcialmente a solicitação do sujeito passivo, de conversão para DARF código 5041, somente em relação aos pagamentos à folha 272 [03/2020], tendo em vista a inexistência de débitos que justifiquem a conversão nos demais períodos*".

Contudo, narra que todos os referidos débitos que são objeto do pedido de conversão ainda constam no Relatório de Situação Fiscal da Agravante na "situação DEVEDOR", constituindo os únicos óbices para a emissão de Certidão Negativa de Débitos ("CND") ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa ("CPEN").

Neste contexto, argumenta que, apesar de não possuir nenhuma pendência com a União Federal, que, em teoria, justificasse a negativa de emissão de CND ou CPEN, em razão de injustificada demora na conclusão do processo de conversão de GPS em DARF e atualização no status da Situação Fiscal da Agravante, bem como na análise do pedido de certidão de regularidade fiscal, protocolado em 15/12/2020, a Agravante está na iminência de não conseguir renovar sua CPEN, com vencimento em 30/12/2020.

Pleiteia, assim, a antecipação da tutela recursal, para que seja determinado à autoridade coatora a emissão de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa (CPEN) em nome da Impetrante, fixando-se prazo em horas, a fim de que seja cumprido durante o período de recesso e antes do vencimento da CPEN atualmente vigente.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão da antecipação da tutela recursal postulada.

Com efeito, os documentos acostados aos autos pela agravante são insuficientes para demonstrar, de forma inequívoca, que os débitos constantes do Relatório de Situação Fiscal foram devidamente pagos, não tendo sido retirados do sistema da Receita Federal por mera ineficiência da Administração Pública.

Por outro lado, em que pese a iminência do vencimento da certidão de regularidade fiscal em nome da agravante, em 30/12/2020, verifica-se que o prazo para a emissão da certidão pela Receita Federal vence somente em 28/12/2020, razão pela qual, entendo que não resta preenchido o *periculum in mora*.

Ante o exposto, **indeiro o pedido de antecipação da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 2ª TURMA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002428-55.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO

APELANTE: F. E.J.P., U.F., U.F. - F.N.

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE DOS SANTOS SIMOES - SP250361-A

APELADO: U. F., F.E.J.P., U.F. - F.N.

Advogado do(a) APELADO: ANDRE DOS SANTOS SIMOES - SP250361-A

SUBSECRETARIA DA SEGUNDA TURMA

ATO ORDINATÓRIO

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e com o art. 1º, caput, da Ordem de Serviço nº 01/2016, da Presidência da Segunda Turma, abre-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031972-77.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SBF COMERCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A

SUBSECRETARIA DA SEGUNDA TURMA

ATO ORDINATÓRIO

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e com o art. 1º, caput, da Ordem de Serviço nº 01/2016, da Presidência da Segunda Turma, abre-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023192-85.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA

AGRAVADO: MARGARIDA MARIA DA CRUZ MAIA

SUBSECRETARIA DA SEGUNDA TURMA

ATO ORDINATÓRIO

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e com o art. 1º, caput, da Ordem de Serviço nº 01/2016, da Presidência da Segunda Turma, abre-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 23 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

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:

D E C I S Ã O

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 aprazada 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 5034025-31.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: GABRIEL LELIS CARDOSO DOS SANTOS

Advogados do(a) AGRAVANTE: FREDERICO SILVA BASTOS - SP345658-A, DANIEL LEIB ZUGMAN - SP343115-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Vistos em plantão judiciário.

A apreciação de pedido de tutela de urgência em caráter precário durante o recesso judiciário exige subsunção da matéria versada nos autos às hipóteses previstas na regulamentação própria do Conselho Nacional de Justiça, bem como a demonstração concreta de gravame desmedido, de difícil ou impossível reparação ou reversão, a se concretizar ainda durante tal período.

Não se avistando tal *periculum in mora* qualificado na espécie e sem prejuízo da necessidade de regularização das custas judiciais (ID. 150146158 e ID. 150093789, f. 02), aguarde-se o retorno das atividades regulares da Corte, para apreciação do pleito pelo relator originário do recurso.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020018-34.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INTERCONDORS EXPORT INDUSTRIAL LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO NAVARRO VARGAS - SP99999-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020018-34.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INTERCONDORS EXPORT INDUSTRIAL LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO NAVARRO VARGAS - SP99999-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por “**Intercondors Export Industrial Ltda – ME**”, contra a r. decisão proferida nos autos da Ação do Procedimento Comum de n. 5002946-67.2020.4.03.6100, ajuizada em face da **União** e em trâmite perante o Juízo Federal da 17ª Vara Cível de São Paulo/SP, em que indeferido o benefício da gratuidade da justiça, ao argumento de que não demonstrada a impossibilidade de arcar com os ônus decorrentes da demanda.

Alega a agravante, em síntese, que não está em condições de pagar as despesas processuais, pois teria ficado impossibilitada de desempenhar sua atividade, em razão do cancelamento de sua inscrição estadual, e que tais circunstâncias justificariam o deferimento da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98 do CPC. Aduz que o contexto de crise trazida pela pandemia de Covid-19 dificultou a retomada da empresa, devido a suspensão de atividades por decreto de calamidade pública no estado de São Paulo, e que em razão disso é patente a sua hipossuficiência econômica atual, motivo pelo qual deve ser deferido o benefício de isenção das custas processuais.

Intimada, a parte agravada não apresentou contrarrazões, e apenas pugnou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020018-34.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INTERCONDORS EXPORT INDUSTRIAL LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO NAVARRO VARGAS - SP99999-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

De início, ressalto que, embora tenha ocorrido sentença no processo de origem, o feito foi extinto sem julgamento do mérito em decorrência do não recolhimento das custas iniciais do processo, de modo que permanece o interesse recursal no caso ora em análise.

Com relação à pretensão recursal de reforma da decisão que negou o pedido de isenção custas processuais, observo que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de recurso interposto contra decisão que indefere o benefício da assistência judiciária gratuita, é desnecessário o recolhimento inicial do preparo e do porte de remessa e retorno, sob pena de inviabilizar a própria garantia fundamental de acesso à Justiça.

Logo, o agravo de instrumento deve ser conhecido, independentemente do recolhimento das respectivas custas processuais.

Nesse sentido:

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA COMO MÉRITO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE PREPARO. DESERÇÃO. AFASTAMENTO. PEDIDO FORMULADO NA PRÓPRIA PETIÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. É desnecessário o preparo do recurso cujo mérito discute o próprio direito ao benefício da assistência judiciária gratuita. Não há lógica em se exigir que o recorrente primeiro recolha o que afirma não poder pagar para só depois a Corte decidir se faz jus ou não ao benefício.

2. É viável a formulação, no curso do processo, de pedido de assistência judiciária gratuita na própria petição recursal, dispensando-se a exigência de petição avulsa, quando não houver prejuízo ao trâmite normal do feito.

3. Agravo interno provido.”

(AgRg nos EREsp 1222355/MG, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:25/11/2015) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEFERIDO NA ORIGEM. DESNECESSIDADE DE PAGAMENTO PRÉVIO DAS CUSTAS RECURSAIS. DESERÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Não se aplica a pena de deserção a recurso interposto contra julgado que indeferiu o pedido de justiça gratuita.

2. Se a controvérsia posta sob análise desta Corte Superior diz respeito justamente à alegação do recorrente de que ele não dispõe de condições econômico-financeiras para arcar com os custos da demanda, não faz sentido considerar deserto o recurso, uma vez que ainda está sob análise o pedido de assistência judiciária e, caso seja deferido, neste momento, o efeito da decisão retroagirá até o período da interposição do recurso e suprirá a ausência do recolhimento e, caso seja indeferido, deve ser oportunizado ao recorrente a regularização do preparo.

3. Agravo Regimental provido para que seja afastada a deserção do Recurso Especial, com a consequente análise do Agravo interposto contra a decisão que não o admitiu.”

(AgRg no AREsp 600215/RS, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:18/06/2015) (grifei)

Prosseguindo, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal estabelece que *"o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"*.

No plano infraconstitucional, o artigo 99, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Nesse contexto, a concessão do benefício da justiça gratuita para pessoa jurídica condiciona-se à demonstração da impossibilidade de custeio das despesas processuais, nos termos da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, a qual se destaca a seguir:

Súmula 481, STJ - Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 481/STJ. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PEDIDO NO CURSO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PETIÇÃO AVULSA PARA REQUISICÃO DA BENESSE. RECURSO DESERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A concessão do benefício da justiça gratuita é admissível à pessoa jurídica, independentemente de ser ou não com fins lucrativos, desde que comprovada a impossibilidade de arcar com as despesas processuais (Súmula 481/STJ).

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela inexistência dos requisitos necessários à concessão do benefício da justiça gratuita. Alterar tal entendimento, referente à capacidade econômica da empresa, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório produzido nos autos, o que é inviável em sede de Recurso Especial, a teor do óbice previsto pela Súmula 7/STJ.

3. Enquanto a ação estiver em curso, o pedido de deferimento da justiça gratuita deve ser feito por petição avulsa, a ser apreciada em apenso ao processo principal e não no próprio corpo do recurso especial, o que ocorreu no presente caso.

4. A ausência de comprovação de recolhimento do preparo no ato da interposição do Recurso Especial implica sua deserção. Incidência da Súmula 187 desta Corte.

5. Agravo Regimental desprovido.”

(AgRg no AREsp 793723/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - Primeira Turma, DJE DATA:28/06/2016) – sem grifos no original

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PEDIDO FORMULADO POR PESSOA JURÍDICA. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 481/STJ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO NA HIPÓTESE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. NÃO INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE. HONORÁRIOS RECURSAIS DE SUCUMBÊNCIA. RECURSO ORIUNDO DE PROVIMENTO INTERLOCUTÓRIO, SEM A PRÉVIA FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. NÃO CABIMENTO NA ESPÉCIE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte, sacramentada na Súmula 481/STJ, "faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais". Todavia, no caso dos autos, não houve a demonstração da incapacidade econômica da empresa recorrente, o que afasta a aplicação do verbete sumular e, por outro lado, atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

2. O mero não conhecimento ou a improcedência de recurso interno não enseja a automática condenação à multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC, devendo ser analisado caso a caso.

3. Não é cabível a fixação de honorários recursais, in casu, porquanto, além de não ter sido fixada tal verba nas instâncias ordinárias, o recurso especial foi interposto contra acórdão proferido no âmbito de agravo de instrumento, sendo inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1611322/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2020, DJe 30/03/2020) – sem grifos no original

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. INDEFERIMENTO. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A concessão do benefício da gratuidade de justiça à pessoa jurídica está condicionada à prova da hipossuficiência, conforme o preceito da Súmula 481 deste Superior Tribunal.

2. No caso, o Tribunal de origem, ao examinar as cópias de demonstrações de resultados financeiros e balanços patrimoniais constantes dos autos, entendeu que a pessoa jurídica, ora agravante, não comprovou sua incapacidade financeira de arcar com as despesas do processo, acentuando que, embora se notem prejuízos nos últimos anos, trata-se de empresa com patrimônio e faturamento elevados. Não obstante isso, deferiu o pagamento parcelado da taxa judiciária.

3. A reforma do acórdão recorrido, a fim de aferir a incapacidade financeira da pessoa jurídica em arcar com o pagamento parcelado das custas, demandaria o reexame de matéria fático-probatória dos autos, providência vedada no recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1593273/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 07/04/2020) – sem grifos no original

No presente caso, embora juntados aos autos de origem documentos demonstrativos da situação econômica da parte agravante (balancetes contábeis e laudo pericial particular unilateral), não se constata a alegada precariedade econômica, que justificaria a isenção das custas ou o pedido alternativo recolhimento das custas ao final do processo. Ao analisar o último balancete, relativo ao ano de 2019 (ID 33487236 dos autos de origem), percebe-se que a pessoa jurídica apresentou patrimônio líquido positivo, e que possui reservas, com quais poderia fazer frente ao valor das custas.

Além disso, a alegação de que pandemia de Covid-19 teria paralisado ou dificultado a retomada da empresa, não implica a inexistência de outras fontes de receita a que pudesse recorrer a pessoa jurídica para arcar com as custas processuais.

Não se olvida que a crise econômica, ocasionada em virtude da pandemia de Covid-19, causada pelo novo coronavírus, possa ter alcançado várias pessoas jurídicas, incluindo a agravante, todavia, não houve alteração legislativa que alterasse as regras para deferimento do pedido de benefício de gratuidade de justiça de pessoas jurídicas. Apenas a afirmação de que a crise econômica causou queda de faturamento, sem a devida demonstração, não autoriza a concessão do benefício.

Destarte, deve ser mantida a decisão agravada, tal como lançada.

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

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A concessão do benefício da justiça gratuita para pessoa jurídica condiciona-se à demonstração da impossibilidade de custeio das despesas processuais, nos termos da Súmula 481 do STJ.
2. No presente caso, embora juntados aos autos de origem documentos demonstrativos da situação econômica da parte agravante (balancetes contábeis e laudo pericial particular unilateral), não se constata a alegada precariedade econômica, que justificaria a isenção das custas ou o pedido alternativo recolhimento das custas ao final do processo. Ao analisar o último balancete, relativo ao ano de 2019 (ID 33487236 dos autos de origem), percebe-se que a pessoa jurídica apresentou patrimônio líquido positivo, e que possui reservas, com quais poderia fazer frente ao valor das custas.
3. Não se olvida que a crise econômica, ocasionada em virtude da pandemia de Covid-19, causada pelo novo coronavírus, possa ter alcançado várias pessoas jurídicas, no entanto, apenas a afirmação de que a crise econômica causou queda de faturamento da agravante, sem a devida demonstração, não autoriza a concessão do benefício
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 agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5019878-67.2019.4.03.6100

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

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECNOFRIS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5019878-67.2019.4.03.6100

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

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECNOFRIS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação da União, em mandado de segurança impetrado por **TECNOFRIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, objetivando a declaração de inexigibilidade do ICMS destacado em nota, incidente na base de cálculo do PIS/COFINS, bem como o reconhecimento ao direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, corrigidos pela Selic.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, reconhecendo a inexigibilidade da inclusão do ICMS destacado na nota, na base de cálculo do PIS e da COFINS, e autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos a tais títulos a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 74 c/c o art. 26-A da Lei nº 9.430/96, respeitada a prescrição quinquenal, após o trânsito em julgado, atualizados pela Selic (Id 143006131, p. 1-8 e 143006142, p. 1-2).

Em suas razões (Id 143006145, p. 2-35), a União sustenta, preliminarmente, a necessidade de sobrestamento dos processos relacionados ao Tema 69 até o julgamento definitivo dos embargos de declaração interpostos no RE 574.706, e no mérito, a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, requerendo, subsidiariamente, que seja excluída apenas o ICMS a recolher, a parcela que transita pela empresa, nos termos da Solução de Consulta Interna RFB COSIT nº 13/2018 e da IN 1.911/2019, art. 27, parágrafo único.

A parte impetrante apelou adesivamente (Id 142030519, p. 5-26), requerendo, em síntese, a parcial reforma da sentença no que se refere à possibilidade de compensação dos créditos tributários antes do trânsito em julgado da decisão judicial, afastando as limitações impostas pelo art. 170-A do CTN.

Com contrarrazões da parte impetrante (Id 143006148, p. 2-27), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República Marlon Alberto Weichert, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 143387312, p. 1-2).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5019878-67.2019.4.03.6100

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

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECNOFRIS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, 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)

"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)

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

Quanto ao mérito, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 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, restando pacificado que o valor do ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Resalte-se que tal julgado, proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões doravante proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, conforme dispõe o art. 927, III, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos"

Neste sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.*

2. *A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016. 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido."*

(AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018)

Esta Terceira Turma tem seguido o entendimento do STJ, posicionando-se no sentido de que *"publicada a ata de julgamento e o próprio acórdão proferido no RE 574.706, deliberando pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se pode negar observância à interpretação da Corte Constitucional, independentemente da possibilidade de embargos de declaração e de eventual discussão sobre modulação dos efeitos respectivos, evento futuro e incerto que não impede a constatação da solução de mérito, firmada em sede de repercussão geral, com reconhecimento, pois, da amplitude intersubjetiva da controvérsia suscitada."* (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371049 - 0026479-19.2015.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 21/02/2018, e-DJF3:02/03/2018)

Portanto, são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, uma vez 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.

A questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"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."

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS 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.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"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: 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)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

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.

Embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte. No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma.

Verbis:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 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.

2. 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.

3. 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.

4. Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

De fato, se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, conclui-se que o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, caso contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o ICMS cobrado na operação anterior. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. JULGAMENTO ADSTRITO AOS FUNDAMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL. REJEIÇÃO.

(...)

2. No caso dos autos, não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera irresignação da parte com a solução dada pela Turma, uma vez que o ICMS passível de exclusão é o incidente sobre a operação de venda, isto é, o que compõe o faturamento da empresa e não o ICMS a pagar (que corresponde à diferença entre o valor do ICMS devido sobre as operações de saída de mercadorias ou prestação de serviços e o valor do ICMS cobrado nas operações anteriores, pois o ICMS é tributo não cumulativo).

3. É certo que a questão foi devidamente enfrentada no RE nº 574.706, não havendo dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.”

(AC nº 0000468-31.2007.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, DJe 26/04/18)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ARTIGO ART. 1.022 CPC/2015. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

(...)

- Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

(...)”

(ApReeNec nº 0000738-85.2017.4.03.6106, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, 4ª Turma, DJe 31/01/19)

Assim, entendo que o contribuinte pode abater da base de cálculo das referidas contribuições o valor do ICMS destacado nas notas fiscais representativas de suas vendas mercantis.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS destacado da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da parte impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa e nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, haja vista a data em que a presente ação foi ajuizada e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *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, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(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, após a vigência da Lei Complementar nº 104/2001, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumpre ressaltar que o presente *mandamus* foi impetrado em 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 aplicando mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.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 Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, verbis:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única 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)

O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é a data do pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, verbis:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. RE 574.706. ART. 1040 CPC. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Preliminarmente, são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisor, uma vez 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.

2. No mérito, 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. 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.

3. 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, destacando-se que embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

4. 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 impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02.

6. Tendo em vista a data do ajuizamento da ação, ou seja, após a vigência da Lei Complementar nº 104/2001, **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. Precedentes.

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. 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. 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 da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003128-28.2017.4.03.6110

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

APELANTE: METALURGICA CONVENCAO DE ITU LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, METALURGICA CONVENCAO DE ITU LTDA

Advogado do(a) APELADO: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003128-28.2017.4.03.6110

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

APELANTE: METALURGICA CONVENCAO DE ITU LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, METALURGICA CONVENCAO DE ITU LTDA

Advogado do(a) APELADO: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário, submetido de ofício, e apelações, em ação de rito ordinário ajuizada por METALURGICA CONVENÇÃO DE ITU LTDA para obter a declaração de inexigibilidade da inclusão do ISSQN e 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.

Na sentença (Id 107823211, p. 1-10 e 107823222, p. 1-4), o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC, para afastar a exigibilidade dos créditos tributários a título de PIS e COFINS incidentes apenas sobre a base de cálculo composta pelo valor do ICMS e ISS, declarando o direito da parte autora à restituição/compensação dos valores indevidamente pagos, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, corrigidos os valores pela Selic. Condenou a União em honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo do § 3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da condenação, de modo a possibilitar sua eventual majoração, nos termos do § 11 do montante a ser pago. Sentença não submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 496, § 4º, inciso II, do CPC.

A parte autora apelou (Id 107823224, p. 3-9), sustentando, em síntese, a inaplicabilidade do entendimento da Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018, devendo ser aplicado o entendimento definido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, pela exclusão do ICMS destacado em nota fiscal.

Em suas razões de apelação (Id 107823216, p. 2-22), a União requereu, preliminarmente, a suspensão do feito, até o julgamento definitivo do RE 574.706, sustentando, no mérito, em síntese, a constitucionalidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como os limites à compensação, nos termos da Lei nº 11.457/07.

Com contrarrazões da parte autora, que requer a majoração dos honorários advocatícios em sede recursal (Id 107823232, p. 2-18) e da União (Id 107823230, p. 2-17), subiram os autos a essa Corte Regional.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5003128-28.2017.4.03.6110

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

APELANTE: METALURGICA CONVENCAO DE ITU LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, METALURGICA CONVENCAO DE ITU LTDA

Advogado do(a) APELADO: TIAGO LUIZ LEITAO PILOTO - SP318848-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, a r. sentença deve submeter-se ao reexame necessário, uma vez que, enquanto não transitada em julgado a decisão proferida em sede de recurso repetitivo no Supremo Tribunal Federal, a eficácia da decisão ainda não se completa.

De fato, há que se aguardar o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Pública no RE 574.706 para que a decisão se torne plenamente eficaz, o que não impede, em absoluto, que tal decisão seja utilizada como precedente, indicando que a jurisprudência pátria irá seguir aquele sentido.

Ademais, é inviável a mensuração exata do proveito econômico, tomando prematura a aplicação do artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, impondo-se, portanto, a remessa necessária.

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. CÁRMEN 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 A. 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."

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015. Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma:

"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: 11/04/2014)

Cumprasseverar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo das mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor; não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar; que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS.IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município. Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma:

"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)

"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: 28/05/2015)

Mantido, portanto, o reconhecimento do direito à exclusão do ICMS e ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, 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.

Deve-se salientar que o valor do ICMS/ISS 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/ISS 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 desalinho 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, TutAntAntec - 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 desprovemento 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)

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, conforme os termos delineados a seguir.

Ainda, anote-se ser imperioso destacar que a repetição do indébito pela via judicial deve observar a necessidade de expedição de precatórios, segundo o contido no art. 100 da Constituição Federal. Nesse ponto, a sentença merece reparo, na medida em que viabiliza a restituição em espécie e pela via administrativa, o que não se pode admitir sem ofensa ao supramencionado dispositivo constitucional.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em 01/11/2019 e, conforme jurisprudência do e. 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 mais albergava esta limitação.*
- 7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*
- 8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*
- 9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*
- 10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*
- 11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
- 12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar; sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

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)

Em razão da sucumbência recursal da União, cabe acrescer verba honorária, nos termos do artigo 85, § 11, CPC, que se arbitra, considerando o grau de zelo profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, e trabalho realizado e tempo exigido, em mais 1% (um por cento), a ser acrescido ao montante já fixado pela atuação na primeira instância.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação da União, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa oficial, submetida de ofício, para afastar a possibilidade de restituição do indébito em espécie, administrativamente, independentemente de precatório, e **DOU PROVIMENTO** à apelação da parte autora, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ISS E DO ICMS BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. O VALOR DO ICMS/ISS A SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS É O DESTACADO DA NOTA FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, § 11, CPC. REMESSA NECESSÁRIA, SUBMETIDA DE OFÍCIO, PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO DE APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDO. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS e do ISS 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 natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

7. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente. A sentença não pode determinar a restituição do indébito pela via administrativa, independentemente de precatório, sob pena de violar o artigo 100 da Constituição Federal.

8. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

11. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

12. O valor do ICMS/ISS 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/ISS 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.

13. Em razão da sucumbência recursal da União, cabe acrescer verba honorária, nos termos do artigo 85, § 11, CPC, que se arbitra, considerando o grau de zelo profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, e trabalho realizado e tempo exigido, em mais 1% (um por cento), a ser acrescido ao montante já fixado pela atuação na primeira instância.

14. Recurso de apelação da União desprovido. Remessa necessária, submetida de ofício, parcialmente provida. Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação da União, DEU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial, submetida de ofício, para afastar a possibilidade de restituição do indébito em espécie, administrativamente, independentemente de precatório, e DEU PROVIMENTO à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001098-07.2018.4.03.6103

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

APELANTE: BRAGA TRANSPORTES E TURISMO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A, ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BRAGA TRANSPORTES E TURISMO LTDA

Advogados do(a) APELADO: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001098-07.2018.4.03.6103

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

APELANTE: BRAGA TRANSPORTES E TURISMO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A, ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BRAGA TRANSPORTES E TURISMO LTDA

Advogados do(a) APELADO: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelações, em mandado de segurança impetrado por **BRAGA TRANSPORTES E TURISMO LTDA**, objetivando a declaração de inexigibilidade do ISSQN incidente na base de cálculo do PIS/COFINS, do IRPJ e da CSLL, e, conseqüentemente, seja decretada a inexigibilidade dos créditos tributários inscritos nas Certidões de Dívida Ativa nº 80 2 16 016826-84, 80 2 16 016839-07, 80 2 15 048190-77, 80 7 16 016510-33, 80 7 16 016523-58, 80 7 16 016518-90, 80 2 16 0194550-75, 80 7 13 004625-41, 80 6 16 039864-93, 80 6 16 039865-74, 80 6 16 039896-70, 80 6 13 011881-87, 80 6 11 160954-29, 80 7 16 016512-03, 80 6 16 169633-30, 80 6 13 011880-04, 80 6 16 039895-90, 80 6 16 039883-56, 80 2 16 016847-09, 80 4 16 005902-33, 80 2 16 016825-01, 80 6 16 039868-17, 80 2 16 094549-31, 80 4 16 134505-40, 80 2 13 003527-82, 80 6 16 039869-06, 80 6 15 141279-08, 80 6 13 011882-68, 80 2 13 003528-63, 80 6 16 039884-37, 80 2 16 016838-18, 80 2 16 016828-46, 80 2 11 088956-50, 80 6 11 160955-00, 80 2 15 048189-33 e do IRPJ – 2º, 3º e 4º Trimestre/2015, 1º e 2º Trimestre/2016 e 3º e 4º Trimestre/2017 e da CSLL – 2º, 3º e 4º Trimestre/2015, 1º e 2º Trimestre/2016 e 3º e 4º Trimestre/2017, e também das parcelas vincendas dos referidos tributos.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou concedeu parcialmente a segurança, para afastar a exigibilidade da inclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS/COFINS, cujos créditos são objeto das Certidões de Dívida Ativa nº80 7 16 016510-33, 80 7 16 016523-58, 80 7 16 016518-90, 80 7 13 004625-41, 80 6 16 039865-74, 80 7 16 016512-03, 80 6 16 039895-90, 80 6 16 039869-06, 80 6 13 011882-68, 80 6 16 039884-37, 80 6 11 160955-00 e das parcelas vincendas das aludidas contribuições, cabendo à autoridade impetrada, administrativamente, recalcular os valores devidos com o decote das parcelas que não devem compor a base de cálculo das referidas contribuições, afastando a aplicação da analogia em relação ao pedido de exclusão do ISS da base de cálculo do IRPJ/CSLL, por falta de amparo legal (Id 130448785, p. 1-11).

Em suas razões (Id 130448795, p. 1-5), a União aduz que o ISS é incluído no valor do serviço a ser repassado ao consumidor, compondo, assim, o faturamento da empresa que o presta, pois é um encargo tributário que integra o preço dos serviços, devendo ser considerado na base de cálculo do PIS e COFINS, da mesma forma que ocorre com o ICMS, conforme jurisprudência do STJ sobre o tema.

A parte impetrante também apelou (Id 130448805, p. 2-27), sustentando, em síntese, a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, pois fere o princípio da estrita legalidade previsto no artigo 150, I, da CF, no art. 97 do CTN e nos artigos 153, III e 195, I, 'b', da CF, por conferir sentido diverso ao conceito de renda bruta/faturamento consolidado pelo Direito Privado, em afronta ao art. 110 do CTN.

Com contrarrazões da parte impetrante (Id 130448813, p. 1-8) e da União (Id 130448814, p. 1-22), vieramos autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República, Sandra Akemi Shimada Kishi, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 130800081).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001098-07.2018.4.03.6103

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

APELANTE: BRAGA TRANSPORTES E TURISMO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 32/666

Advogados do(a) APELANTE: ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A, ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BRAGA TRANSPORTES E TURISMO LTDA

Advogados do(a) APELADO: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Apesar de a hipótese discutida nos autos versar, exclusivamente, sobre a inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, para a solução do caso em tela deve-se destacar a jurisprudência firmada a respeito da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 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, restando pacificado que o valor do ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Ressalte-se que tal julgado, proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões doravante proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, conforme dispõe o art. 927, III, do Código de Processo Civil, *verbis*: "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos". Neste sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016. 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido."

(AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018)

Esta Terceira Turma tem seguido o entendimento do STJ, posicionando-se no sentido de que "publicada a ata de julgamento e o próprio acórdão proferido no RE 574.706, deliberando pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se pode negar observância à interpretação da Corte Constitucional, independentemente da possibilidade de embargos de declaração e de eventual discussão sobre modulação dos efeitos respectivos, evento futuro e incerto que não impede a constatação da solução de mérito, firmada em sede de repercussão geral, com reconhecimento, pois, da amplitude intersubjetiva da controvérsia suscitada." (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371049 - 0026479-19.2015.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 21/02/2018, e-DJF3: 02/03/2018)

Portanto, são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, uma vez 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.

A questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"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 EMENTVOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015. A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS 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.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, 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, *verbis*:

"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: 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)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

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.

Cumpra-se destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Nesse sentido, é a jurisprudência desta Terceira Turma, *verbis*:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo das mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor; não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3: 16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS.IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3:03/03/2015)

Já no que se refere à possibilidade de exclusão do ISS da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, destaco que tais tributos, apurados com base no lucro presumido, adotam como parâmetro a receita bruta, que compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, acrescido das demais receitas provenientes da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, não merecendo prosperar referida pretensão.

De fato, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS e ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos do RE 574.706, decorre da constatação de que tais impostos não podem ser reputados como faturamento ou receita, conforme definição constitucional, bem diferente do que se coloca em relação ao IRPJ e CSL, que incidem sobre o lucro, grandeza constitucional que não se confunde com receita ou faturamento.

Assim, ainda que o lucro presumido, regime fiscal a que adere a parte impetrante, seja calculado com base em percentual da receita auferida, com esta não se confunde de modo a implicar extensão da inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706.

Neste sentido é a jurisprudência da Turma:

"TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSL. REGIME DO LUCROPRESUMIDO. EXCLUSÃO DO ISS DAS BASES DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei nº 9.430/96, ao prescrever que o imposto de renda incida sobre um percentual da receita bruta, já antevê as possíveis despesas efetuadas pelo contribuinte no exercício de sua atividade empresarial, de modo que não lhe é permitida a dedução dos impostos incidentes sobre as vendas realizadas.
2. Se a tributação pelo lucro presumido decorre de opção feita pelo contribuinte, é evidente que ele deve sujeição à legislação atinente à espécie tributária, sendo-lhe vedada a miscigenação de regimes para o cálculo do tributo devido.
3. O entendimento proferido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, consistente na exclusão do ICMS da basedecálculo do PIS e da COFINS, não se aplica ao IRPJ e à CSL apurados pelo regime do lucro presumido, porque se trata de tributos distintos.
4. Apelação desprovida."

(ApCiv 5025856-59.2018.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, intimação via sistema 26/11/2019)

O STJ já enfrentou a questão, tendo adotado a seguinte tese: "no regime de lucro presumido, o ICMS compõe a base de cálculo do IRPJ e da CSLL" (Informativo nº 539 STJ). Anote-se que tal posição aplica-se também ao ISS, já que a situação é idêntica. Nesse sentido, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IRPJ E CSLL. EMPRESA OPTANTE PELO LUCRO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO. CONCEITO DE RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. A Segunda Turma desta Corte possui o entendimento firmado de que o ICMS deve compor as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pelo lucro presumido. Para afastar tal incidência, a opção do contribuinte deve ser pelo regime de tributação com base no lucro real, situação permitida nos termos do art. 41 da
- Lei n. 8.981/95 e art. 344 do RIR/99.*
2. 'Segundo a jurisprudência majoritária desta Corte, a discussão referente ao conceito de faturamento e receita bruta, notadamente no que se refere à definição da base de cálculo, implica análise de matéria constitucional, o que é vedado nesta Corte Superior; sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal' (AgRg no REsp 1.505.664/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/3/2015). 3. Agravo regimental a que se nega provimento"

(AgRg no REsp 1.495.699/CE, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 26/06/2015)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. LUCRO PRESUMIDO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 31 DA LEI N. 8.981/95.

1. O contribuinte de direito do ICMS quando recebe o preço pela mercadoria ou serviço vendidos o recebe integralmente, ou seja, o recebe como receita sua o valor da mercadoria ou serviço somado ao valor do ICMS (valor total da operação). Esse valor, por se tratar de produto da venda dos bens, transita pela sua contabilidade como "receita bruta", assim conceituada pela legislação que apura o IRPJ e a CSLL pelo lucro presumido, notadamente o art. 31, da Lei n. 8.981/95 e o art. 279, do RIR/99 (Decreto n. 3.000/99).
2. A "receita bruta" desfalçada dos valores correspondentes aos impostos incidentes sobre vendas (v.g. ICMS) forma a denominada "receita líquida", que com a "receita bruta" não se confunde, a teor do art. 12, §1º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 e art. 280 do RIR/99 (Decreto n. 3.000/99).
3. As bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pelo lucro presumido têm por parâmetro a aplicação de determinado percentual sobre a "receita bruta" e não sobre a "receita líquida". Quisera o contribuinte deduzir os tributos pagos, no caso o ICMS, deveria ter feito a opção pelo regime de tributação com base no lucro real, onde tal é possível, a teor do art. 41, da Lei n. 8.981/95 e art. 344 do RIR/99 (Decreto n. 3.000/99). Precedente: REsp. Nº 1.312.024 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02.05.2013. 4. "Não é possível para a empresa alegar em juízo que é optante pelo lucro presumido para em seguida exigir as benesses a que teria direito no regime de lucro real, mesclando os regimes de apuração" (AgRg nos EDcl no AgRg no AG nº 1.105.816 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02.12.2010). 5. Agravo regimental não provido."

(AGRESP 1.420.119, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 23/04/2014)

Não reconhecido o direito à exclusão de ISS da base de cálculo do IRPJ e CSLL apurados com base no lucro presumido, deve ser mantida a sentença tal como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa oficial e às apelações, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ/CSL APURADOS PELO LUCRO PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. O reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes.
5. Quanto à exclusão do ISS da base de cálculo do IRPJ/CSL apurados pelo lucro presumido, não merece prosperar a pretensão. De fato, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS e ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos do RE 574.706, decorre da constatação de que tais impostos não podem ser reputados como faturamento ou receita, conforme definição constitucional, bem diferente do que se coloca em relação ao IRPJ e CSL, que incidem sobre o lucro, grandeza constitucional que não se confunde com receita ou faturamento. Ainda que o lucro presumido, regime fiscal optativo a que adere a parte impetrante, seja calculado com base em percentual da receita auferida, com esta não se confunde de modo a implicar extensão da inconstitucionalidade reconhecida pelo STF no RE 574.706. Precedentes.
6. Remessa oficial e apelações desprovidas.

ACÓRDÃO

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

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

AGRAVANTE: REINALDO DOMINGUES

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030528-43.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: REINALDO DOMINGUES

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **REINALDO DOMINGUES** contra a r. decisão proferida nos autos da execução fiscal nº 0035841-42.2005.4.03.6182, ajuizada pelo **Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP** e em trâmite perante o Juízo da 3ª Vara Federal Especializada em Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo /SP, no âmbito da qual rejeitada exceção de pré-executividade.

Alega o agravante, em síntese, que:

a) o redirecionamento da execução fiscal contra o recorrente ocorreu quando já superado, em muito, o prazo de cinco anos, contado da citação da pessoa jurídica, pelo que operada a prescrição intercorrente;

b) não houve dissolução irregular, pois foram realizados o distrato e a baixa da inscrição da pessoa jurídica nos órgãos competentes.

Intimado para apresentar contraminuta e manifestação nos termos do artigo 10 do Código de Processo Civil, o agravado concordou com o cancelamento de parte das CDA's, tendo em vista as irregularidades apresentadas naqueles títulos. De resto, pugnou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030528-43.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: REINALDO DOMINGUES

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal convocada Denise Avelar (Relatora):

Das CDA nº 77010/04/2004:

Ao examinar as Certidões de Dívida Ativa (ID 107407559), percebe-se que o valor da anuidade cobrada, relativa ao ano de 2004, foi fixado com fundamento no artigo 22 da Lei nº 3.820/1960, que confere aos conselhos regionais de farmácia a atribuição de fixar os valores das anuidades.

Ocorre que, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. Veja-se:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

*1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar; a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, **declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.***

*2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da **indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.***

3. Decisão unânime.”

(ADI 1717, Relator Ministro SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior.

II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

III - Agravo regimental improvido.”

(ARE 640937 AgR-segundo, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe-171 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362) (grifei)

Além disso, em decisão proferida no julgamento do RE nº 704.292, ocorrido em 19/10/2016, com repercussão geral reconhecida e de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, a Suprema Corte decidiu 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”*.

No presente caso, o Conselho exequente emitiu certidão de dívida ativa contendo débito cujo valor não consta de lei, conduta já reputada inconstitucional.

Por outro lado, consigne-se que a Lei nº 12.514/2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, restando aplicável, todavia, apenas para as anuidades posteriores à sua vigência e respeitada, ainda, a anterioridade tributária. Porém, no caso dos autos, as anuidades em cobro não trazem como fundamento legal a referida lei.

Assim, conclui-se que a cobrança das anuidades é indevida, pelo menos nos termos em que vem estampada no título executivo. Nesse sentido:

“EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A presente execução fiscal é ajuizada pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP, visando à cobrança de débitos relativos aos anos de 1997 e 2002.

2. As anuidades exigidas pelos Conselhos de Fiscalização detém natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

4. Nessa linha, com a declaração da inconstitucionalidade das supramencionadas leis, o único fundamento legal para a Certidão de Dívida Ativa inscrita e levada à execução é a Lei nº 3.820/60 (CDA's de f. 3-22), que trata da cobrança das anuidades previstas para execução na referida Lei. No entanto, tal norma não prevê a competência para fixação e majoração de contribuições do interesse da categoria, motivo pelo qual a cobrança demandaria norma regulamentadora, que não pode, na ausência de lei, ser Resolução da própria entidade, sob pena de indubitável afronta ao princípio da legalidade.

5. Apelação desprovida.”

(AC 0004686-63.2003.4.03.6126, Relator Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017) (grifei)

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. EXTINÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Não pode ser acolhida a alegação no sentido de que a Lei nº 6.994/1982 legitimaria a cobrança das anuidades cujas cópias das respectivas certidões foram acostadas ao recurso. Isto porque o mencionado diploma normativo foi expressamente revogado pelo artigo 66 da Lei nº 6.949/1998.

2. O valor das anuidades cobradas foi fixado com fundamento no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 3.820/1960.

3. A Lei nº 3.820/1960 e a Lei nº 11.000/2004 conferem, respectivamente, ao Conselho Regional de Farmácia e aos Conselhos de Fiscalização, a atribuição de fixar os valores das anuidades.

4. Ocorre que, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

5. No presente caso, o Conselho exequente emitiu certidão de dívida ativa contendo débito cujo valor não consta de lei, o que, repita-se o Supremo Tribunal Federal já reputou inconstitucional. Assim, conclui-se que a cobrança das anuidades é indevida, pelo menos nos termos em que vem estampada no título executivo.

6. A questão atinente à higidez da Certidão de Dívida Ativa é matéria de ordem pública, passível de apreciação ex officio pelo juiz.

7. Agravo interno desprovido.”

(AI 0017173-90.2015.4.03.0000, Relator Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/09/2016) (grifei)

Nesse contexto, não pode subsistir a execução fiscal relativamente às CDA nº 77010/04/2004.

Do Redirecionamento

Passo, então, ao enfrentamento da tese de ocorrência de prescrição para o redirecionamento, suscitada pelo agravante.

A jurisprudência é firme no sentido de que a prescrição para o redirecionamento da execução fiscal, enquanto sanção, não se caracteriza como o mero transcurso do prazo de 5 (cinco) anos da citação da pessoa jurídica. Nesse sentido: STJ, REsp 1095687/SP, Relator p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 08/10/2010; STJ, AgRg no REsp 1106281/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28/05/2009; TRF3, AI 0010374-02.2013.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2013.

Aplicando-se a teoria da *actio nata* em tema de responsabilidade subsidiária, tem-se que a inclusão de sócio no polo passivo da execução fiscal somente é possível a partir da ocorrência e respectiva comprovação, nos autos, da lesão ao direito. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1100907/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/09/2009.

Comefeito, só é possível contar da data da citação da empresa executada o prazo para o redirecionamento da execução quando esta pudesse, desde sempre, ser proposta também contra o sócio administrador cuja responsabilização se pretende.

Cuidando-se, porém, de ilicitude praticada no curso da execução, o prazo para o redirecionamento só pode correr a partir do momento em que verificada essa mesma ilicitude, sob pena de incorrer-se na possibilidade de um direito ser extinto antes mesmo de sua origem.

Em outras palavras, bastaria ao administrador dissolver a sociedade após cinco anos da citação da empresa e estaria a salvo da responsabilização prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional - ou nos artigos 50 do Código Civil ou 10 do Decreto-Lei nº 3.708/19 - o que, a toda evidência, não corresponde à *mens legis* ou à *mens legislatoris*.

A propósito, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 CONFIGURADA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO.

1. O prazo de prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal é de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica.

2. A orientação deste Superior Tribunal de Justiça passou a ser aplicada de forma abstrata pelos órgãos jurisdicionais, sem observância das circunstâncias do caso concreto, à luz da ciência jurídica.

3. A prescrição pressupõe, lógica e necessariamente, violação de direito e, cumulativamente, a existência de pretensão a ser exercida. Na ausência de um único destes elementos, não há fluência do prazo de prescrição.

4. Desta forma, não havendo direito violado e pretensão a ser exercida, não tem início a prescrição (art. 189 do Código Civil).

5. Decorrente natural é que a orientação do STJ somente é aplicável quando o ato de infração à lei ou aos estatutos sociais (in casu, dissolução irregular) é precedente à citação do devedor principal.

6. Na hipótese dos autos, a União expressamente afirma que a dissolução irregular ocorreu muito depois da citação da pessoa jurídica, narrando que os autos jamais ficaram paralisados, e que a Execução Fiscal tramitou regularmente "na tentativa de localização dos bens da devedora principal até a certidão negativa do oficial de justiça atestando o encerramento irregular da empresa em 10 de outubro de 2006 (fl. 68 verso)." (fl. 158, e-STJ), posterior à data da citação da pessoa jurídica (23.5.2003), de modo que o pedido de redirecionamento, formulado em 26.2.2010, não estaria fulminado pela prescrição.

7. A genérica observação, pelo órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.

8. Tendo em vista que o reexame das circunstâncias fáticas e probatórias é incompatível com o Recurso Especial, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para que, em novo julgamento dos Embargos de Declaração, especifique se a pretensão para o redirecionamento era preexistente ou subsequente à data da citação da pessoa jurídica, para então valorar, com base nas circunstâncias do caso concreto, a ocorrência de prescrição.

9. Recurso Especial provido. Determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem, para reexame da prescrição, à luz das considerações acima."

(REsp 1683513/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 11/10/2017) (grifei)

Verifica-se dos autos que o distrato social foi subscrito e registrado na JUCESP em novembro de 2015 (ID 107407549 – p. 5), ao passo que a execução fiscal foi ajuizada em junho de 2005, a demonstrar que havia pendência, quanto ao pagamento de débitos fiscais, ao tempo do encerramento formal da sociedade.

O distrato social, depois de ajuizada execução fiscal, sem prévia liquidação ou garantia do crédito tributário, constituído e exigível, não pode ser considerado ato regular de administração societária. Não é a inadimplência que gera tal responsabilidade tributária, mas sim o distrato social sem a observância da prévia liquidação dos créditos, nos termos em que determina o Código Civil para extinção da pessoa jurídica, constituídos, exigíveis e executados.

Embora o distrato social encerre formalmente a empresa, assim inviabilizando a execução fiscal, até mesmo porque, na prática, não se localizam bens societários em situações tais, a dissolução deve ser reputada irregular se não precedida da liquidação ou garantia de débitos fiscais executados, pois, do contrário, estaria aberta a possibilidade de fraude à execução fiscal, por manifestação de vontade e ato unilateral exclusivamente do devedor, por seus administradores.

A propósito, confira-se:

"EXECUÇÃO FISCAL. DISTRATO SOCIAL REALIZADO NO CURSO DA EXECUÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE.

1. O distrato social, depois de ajuizada execução fiscal, sem prévia liquidação ou garantia do crédito, constituído e exigível, não pode ser considerado ato regular de administração societária. Dissolução irregular configurada, a ensejar a responsabilização pessoal daquele que administrava a sociedade ao tempo da referida dissolução.

.....
3. Agravo provido."

(AI 00012063420174030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017)

Assim, o distrato tendo ocorrido em 2015, após a propositura da demanda, é a partir desse momento, isto é, após a dissolução sem a observância das regras previstas para extinção da pessoa jurídica, é que surge o direito para a autarquia de requerer a inclusão dos sócios no polo passivo da lide fiscal, de modo que não se verifica o decurso de lapso prescricional a impedir a medida, ora vergastada.

Conclusão:

Ante o exposto, declaro a nulidade da cobrança escriturada na CDA nº 77010/04/2004, e no restante, NEGOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. CDA. VALOR DA ANUIDADE FIXADO PELO PRÓPRIO CONSELHO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL. NULIDADE. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. DECLARADA A NULIDADE DE PARTE DA EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais
2. Em decisão proferida no julgamento do RE nº 704.292, ocorrido em 19/10/2016, com repercussão geral reconhecida e de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, a Suprema Corte decidiu 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*".
3. No presente caso, o Conselho exequente emitiu certidão de dívida ativa contendo débito cujo valor não consta de lei, conduta já reputada inconstitucional. Assim, conclui-se que a cobrança da anuidade é indevida, pelo menos nos termos em que vem estampada no título executivo, o que enseja a nulidade das CDA's nº 77010/04/2004.
4. A jurisprudência é firme no sentido de que a prescrição para o redirecionamento da execução fiscal, enquanto sanção, não se caracteriza como o mero transcurso do prazo de 5 (cinco) anos da citação da pessoa jurídica. Nesse sentido: STJ, REsp 1095687/SP, Relator p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 08/10/2010; STJ, AgRg no REsp 1106281/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28/05/2009; TRF3, AI 0010374-02.2013.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2013.
10. Aplicando-se a teoria da *actio nata* em tema de responsabilidade subsidiária, é possível a inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal, desde que comprovada hipótese de lesão ao direito e não ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos, contados da ciência da causa legitimadora da responsabilização pessoal dos sócios.
11. *In casu*, o distrato tendo ocorrido em 2015, após a propositura da demanda, é a partir desse momento, isto é, após a dissolução sem a observância das regras previstas para extinção da pessoa jurídica, é que surge o direito para a autarquia de requerer a inclusão dos sócios no polo passivo da lide fiscal, de modo que não se verifica o decurso de lapso prescricional a impedir a medida, ora vergastada.
12. Declarada a nulidade de parte da execução fiscal. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, declarou a nulidade da cobrança escriturada na CDA nº 77010/04/2004, e no restante, NEGOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000448-40.2020.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: REINALDO EUFRAZIO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCOS PAULO SCHINOR BIANCHI - SP341065-N

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5000448-40.2020.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: REINALDO EUFRAZIO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCOS PAULO SCHINOR BIANCHI - SP341065-N

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Reinaldo Eufrásio** em face do Chefe da Agência da Previdência Social CEAB Reconhecimento de Direito da SRI, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora dar andamento ao seu recurso administrativo, encaminhando-o para o órgão julgador competente.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que, no prazo de 15 (quinze) dias, proceda à análise do pedido administrativo de recurso protocolado sob o nº 1184870156, desde que não haja por parte do impetrante qualquer providência a ser cumprida (ID 145235159).

O MM. Juiz *quo*, ao final, concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que proceda ao encaminhamento do recurso administrativo protocolado no NB 42/188.334.563-1 ao setor competente a seu processamento e julgamento (ID 145235176).

Vieramos autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho, opinou pelo desprovimento da remessa necessária (ID 145640886).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5000448-40.2020.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: REINALDO EUFRAZIO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCOS PAULO SCHINOR BIANCHI - SP341065-N

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 45/666

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 protocolado pelo impetrante, encaminhando-o para o órgão julgador competente.

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 recurso no dia 02.02.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (15.01.2020) não havia qualquer perspectiva de análise pela autarquia previdenciária.

A autoridade impetrada, por sua vez, somente encaminhou o recurso para o CRPS, para julgamento, após a concessão da liminar (ID 145235173), 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.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002428-90.2019.4.03.6107

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNIALCO SAALCOOLE ACUCAR

Advogados do(a) APELADO: ERIC MARCEL ZANATA PETRY - SP209059-A, RODOLFO DE OLIVEIRA TAKAHASHI - SP344340-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por UNIALCO S/A – ÁLCOOL E AÇÚCAR (EM REGIME DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL) em face de ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARAÇATUBA/SP e outro, com pedido de liminar *inaudita altera parte* objetivando provimento jurisdicional para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário consubstanciado no Processo Administrativo Fiscal nº 11974.720163/2019-30, sendo ao final concedida a segurança em definitivo para que seja reconhecida a nulidade do despacho de fls. 76/77 constante do aludido P.A.F, determinando-se à autoridade impetrada que profira despacho específico e motivado, trazendo as justificativas para a suposta glosa da utilização do Prejuízo Fiscal e base negativa de CSLL no âmbito do Refis (Lei nº 12.865/2013), oportunizando-se à impetrante o direito legal e constitucional à sua defesa no âmbito administrativo. Atribuído à causa o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à data da propositura da ação para fins de alçada (Id 124459833).

Foi deferido o pedido de liminar (Id 124459866) para determinar à autoridade impetrada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo modo disposto no artigo 14, § 4º, da Portaria PGFN n. 31/2018, ou seja, pelo montante que seria extinto pelo aproveitamento dos créditos de “PF” e de “BCN da CSLL” apontados pela impetrante, até que as autoridades impetradas decidam, motivadamente, pelo deferimento ou indeferimento do pedido administrativo, oportunizando à impetrante, após o julgamento, a reabertura do prazo de 30 dias para manifestação (art. 14, § 1º, da Portaria PGFN n. 31/2018). Durante o período de suspensão da exigibilidade, o parcelamento da impetrante em curso há de ter a sua composição retornada para a situação pré revisão (item 4.3. da Nota SEI n. 04/2019).

A União (Fazenda Nacional) requereu seu ingresso no feito (Id 124459886).

Prestadas as informações pelas autoridades impetradas.

O MM. Juiz de origem concedeu a segurança pleiteada e ratificou a liminar deferida com fundamento no artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo modo disposto no artigo 14, § 4º, da Portaria PGFN n. 31/2018, ou seja, pelo montante que seria extinto pelo aproveitamento dos créditos de “PF” e de “BCN da CSLL” apontados pela impetrante, até que as autoridades impetradas decidam, motivadamente, pelo deferimento ou indeferimento do pedido administrativo, oportunizando à impetrante, após o julgamento, a reabertura do prazo de 30 dias para manifestação (art. 14, § 1º, da Portaria PGFN n. 31/2018). Posto isto, restou extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inc. I, do Código de Processo Civil. Restou determinado, ainda, que durante o período de suspensão da exigibilidade, o parcelamento da impetrante em curso há de ter a sua composição retornada para a situação pré revisão (item 4.3. da Nota SEI n. 04/2019). Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários sucumbenciais (Lei Federal n. 12.016/2009, art. 25). Sentença sujeita ao reexame necessário (Id 124459888).

A União (Fazenda Nacional) interpôs apelação, pugnando pelo provimento do recurso para que seja reformada a r. sentença recorrida e denegada a segurança, aduzindo, em suma, que o Processo Administrativo nº 11974.720163/2019-30 transcorreu de forma regular, em total consonância com o Decreto nº 70.235/72. Caso não seja esse o entendimento, requer seja reformada a r. sentença a fim de que haja a intimação do Delegado da Receita Federal em Araçatuba para que o mesmo preste as informações necessárias, motivadamente, referentes às importâncias supostamente glosadas de PF e BNCSLL, nos autos do Processo Administrativo Fiscal 11974.720163/2019-30, vez que reconhecido por sentença ser ele a autoridade que teria desconsiderado (glosado) tais importâncias (Id 124459901).

Com contrarrazões (124459907), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito, deixando de se manifestar quanto ao mérito ante a existência tão somente de interesse individual, disponível, patrimonial, não justificando a intervenção do Parquet (Id 128710738).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002428-90.2019.4.03.6107

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNIALCO SAALCOOLE ACUCAR

Advogados do(a) APELADO: ERIC MARCEL ZANATA PETRY - SP209059-A, RODOLFO DE OLIVEIRA TAKAHASHI - SP344340-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada objetivando o reconhecimento da nulidade de “despacho” administrativo desprovido de motivação e justificativa para glosa da utilização do Prejuízo Fiscal e base negativa de CSLL no âmbito do Refis (Lei nº 12.865/2013), oportunizando-se à impetrante o direito legal e constitucional de defender-se, apresentando manifestação de inconformidade.

Assim, no presente feito, o cerne da controvérsia diz respeito à aferição da observância e obediência ao princípio do devido processo legal administrativo e não ao exame de mérito do débito fiscal propriamente dito.

No caso em exame, a impetrante aderiu ao parcelamento fiscal da Lei Federal nº 12.865/2013. Na adesão, optou por utilizar Prejuízos Fiscais de IRPJ (“PF”) e Base Negativa de CSLL (“BN CSLL”) para reduzir o saldo devedor, liquidando multas (de mora ou de ofício) e juros moratórios.

Em 26/02/2019 foi gerado o Processo Administrativo Fiscal – PAF nº 11974.720163/2019-30, no bojo do qual, contudo, as autoridades impetradas desconsideraram (glosaram) as importâncias indicadas a título de “PF” e “BN CSLL”, recompondo o saldo devedor para pagamento.

Aduziu a impetrante, ora apelada, que a glosa foi realizada sem qualquer motivação, uma vez que as autoridades impetradas não explicitaram os motivos do indeferimento da utilização do “PF” e da “BN CSLL”, limitando-se a juntar, no mencionado processo administrativo fiscal, telas internas do sistema da Receita Federal do Brasil absolutamente ininteligíveis, inviabilizando, por conseguinte, o exercício do seu direito de defesa no âmbito administrativo.

Com efeito, observa-se à vista da cópia do Processo Administrativo Fiscal - PAF nº 11974.720163/2019-30, que não restaram devidamente explicitados e justificados os motivos pelos quais o pedido de aproveitamento do “PF” e da “BN CSLL”, deduzido pela impetrante, ora apelada, em sede administrativa, foi indeferido. Assim, verifica-se a não observância do princípio da motivação da decisão administrativa, cujo dever se impõe à Administração Pública, a teor do disposto no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Ao invés da existência de uma decisão propriamente dita, devidamente motivada e fundamentada para a finalidade que se espera, no sentido de deferir ou indeferir, como é o caso, o pedido do contribuinte na esfera administrativa, possibilitando-lhe a ampla defesa e o contraditório, o que se verifica é a existência de mero “Despacho de Encaminhamento”, emitido em 26/02/2019, pelo Ministério da Fazenda (Id 124459841), *in verbis*:

“Adotados os procedimentos descritos na Nota Sei n. 04/2019/PGDAU-CDA-NUPAR/PGDAU-CDA/PGDAU/PGFN-MF, e tendo sido constatada a existência de saldo devedor, recomenda-se intimar o sujeito passivo, nos termos da Portaria PGFN nº 31/2018, a pagar o saldo devedor em até 30 (trinta) dias ou a apresentar manifestação de inconformidade no mesmo prazo”

Prestadas as informações pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Araçatuba/SP, foi relatado que a adesão da impetrante ao parcelamento se deu após a execução fiscal dos débitos, sendo este parcelamento, portanto, administrado pela PGFN (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional), cabendo a esta a análise e prestação das informações respectivas. Requereu, portanto, o reconhecimento de ilegitimidade passiva.

Por sua vez, vindas as informações do Procurador Seccional da Fazenda Nacional em Araçatuba/SP, esse aduziu que cabe à RFB o despacho específico e motivado, trazendo as justificativas para a suposta glosa da utilização do Prejuízo Fiscal (“PF”) e base negativa de CSLL (“BN CSLL”) no âmbito do Refis (Lei nº 12.865/2013), deve ser proferido pela RFB, cabendo à PGFN apenas adequar seus sistemas com as informações prestadas por aquele Órgão.

Constata-se, ainda, que além da ausência de decisão regularmente motivada, as autoridades impetradas imputam-se entre si o dever da motivação da decisão, ficando o contribuinte, ora apelado, ao final, numa situação conflitante, tendo de se socorrer do Judiciário para fazer valer o direito legal e constitucional (art. 5º, inc. LV da CF/88) ao contraditório e à ampla defesa no âmbito administrativo.

Ademais, a motivação do ato administrativo impõe-se como garantia ao cidadão/contribuinte quanto ao esclarecimento e justificativa do “porquê” das decisões, não se sujeitando a decisões eventualmente arbitrárias.

Por derradeiro, no tocante ao pedido alternativo da recorrente, eis que prejudicado, porquanto já se encontra abarcado pelo *decisum* recorrido.

In casu, restou demonstrado o alegado direito líquido e certo da impetrante, ora apelada, à obtenção de decisão administrativa devidamente motivada, nos termos do disposto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, devendo, portanto, ser mantida a r. sentença recorrida tal como lançada.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO. DECISÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. ART. 2º, “CAPUT” DA LEI Nº 9.784/99. VIOLAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDAS.

1. A presente ação mandamental foi impetrada objetivando o reconhecimento da nulidade de “despacho” administrativo desprovido de motivação e justificativa para glosa da utilização do Prejuízo Fiscal e base negativa de CSLL no âmbito do Refis (Lei nº 12.865/2013), oportunizando-se à impetrante o direito legal e constitucional de defender-se, apresentando manifestação de inconformidade.
2. Assim, no presente feito, o cerne da controvérsia diz respeito à aferição da observância e obediência ao princípio do devido processo legal administrativo e não ao exame de mérito do débito fiscal propriamente dito.
3. No caso em exame, a impetrante aderiu ao parcelamento fiscal da Lei Federal nº 12.865/2013. Na adesão, optou por utilizar Prejuízos Fiscais de IRPJ (“PF”) e Base Negativa de CSLL (“BN CSLL”) para reduzir o saldo devedor, liquidando multas (de mora ou de ofício) e juros moratórios.
4. Em 26/02/2019, foi gerado o Processo Administrativo Fiscal – PAF nº 11974.720163/2019-30, no bojo do qual, contudo, as autoridades impetradas desconsideraram (glosaram) as importâncias indicadas a título de “PF” e “BN CSLL”, recompondo o saldo devedor para pagamento.
5. Aduziu a impetrante, ora apelada, que a glosa foi realizada sem qualquer motivação, uma vez que as autoridades impetradas não explicitaram os motivos do indeferimento da utilização do “PF” e da “BN CSLL”, limitando-se a juntar, no mencionado processo administrativo fiscal, telas internas do sistema da Receita Federal do Brasil absolutamente ininteligíveis, inviabilizando, por conseguinte, o exercício do seu direito de defesa no âmbito administrativo.
6. Com efeito, observa-se à vista da cópia do Processo Administrativo Fiscal - PAF nº 11974.720163/2019-30, que não restaram devidamente explicitados e justificados os motivos pelos quais o pedido de aproveitamento do “PF” e da “BN CSLL”, deduzido pela impetrante, ora apelada, em sede administrativa, foi indeferido. Assim, verifica-se a não observância do princípio da motivação da decisão administrativa, cujo dever se impõe à Administração Pública, a teor do disposto no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.
7. Ao invés da existência de uma decisão propriamente dita, devidamente motivada e fundamentada para a finalidade que se espera, no sentido de deferir ou indeferir, como é o caso, o pedido do contribuinte na esfera administrativa, possibilitando-lhe a ampla defesa e o contraditório, o que se verifica é a existência de mero “Despacho de Encaminhamento”, emitido em 26/02/2019, pelo Ministério da Fazenda (Id 124459841).
8. Prestadas as informações pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Araçatuba/SP, foi relatado que a adesão da impetrante ao parcelamento se deu após a execução fiscal dos débitos, sendo este parcelamento, portanto, administrado pela PGFN (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional), cabendo a esta a análise e prestação das informações respectivas. Requereu, portanto, o reconhecimento de ilegitimidade passiva.
9. Por sua vez, vindas as informações do Procurador Seccional da Fazenda Nacional em Araçatuba/SP, esse aduziu que cabe à RFB o despacho específico e motivado, trazendo as justificativas para a suposta glosa da utilização do Prejuízo Fiscal (“PF”) e base negativa de CSLL (“BN CSLL”) no âmbito do Refis (Lei nº 12.865/2013), deve ser proferido pela RFB, cabendo à PGFN apenas adequar seus sistemas com as informações prestadas por aquele Órgão.
10. Constata-se, ainda, que além da ausência de decisão regularmente motivada, as autoridades impetradas imputam-se entre si o dever da motivação da decisão, ficando o contribuinte, ora apelado, ao final, numa situação conflitante, tendo de se socorrer do Judiciário para fazer valer o direito legal e constitucional (art. 5º, inc. LV da CF/88) ao contraditório e à ampla defesa no âmbito administrativo.

11. Ademais, a motivação do ato administrativo impõe-se como garantia ao cidadão/contribuinte quanto ao esclarecimento e justificativa do “*porquê*” das decisões, não se sujeitando a decisões eventualmente arbitrárias.

12. Por derradeiro, no tocante ao pedido alternativo da recorrente, eis que prejudicado, porquanto já se encontra abarcado pelo *decisum* recorrido.

13. *In casu*, restou demonstrado o alegado direito líquido e certo da impetrante, ora apelada, à obtenção de decisão administrativa devidamente motivada, nos termos do disposto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, devendo, portanto, ser mantida a r. sentença recorrida tal como lançada.

14. Apelação e remessa necessária não providas.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002038-92.2020.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALPHA INDUSTRIA E COMERCIO DE ELETRONICOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: SANDRO BANDEIRA PINTO - SP180004-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002038-92.2020.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALPHA INDUSTRIA E COMERCIO DE ELETRONICOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: SANDRO BANDEIRA PINTO - SP180004-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária, submetida de ofício, apelação da União e recurso adesivo, em mandado de segurança impetrado por **ALPHA INDUSTRIA E COMERCIO DE ELETRONICOS LTDA**, objetivando a declaração de inexigibilidade do ICMS incidente na base de cálculo do PIS/COFINS, bem como o reconhecimento ao direito à repetição/compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96, com redação vigente à época do ajuizamento da ação, corrigidos pela Selic.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, reconhecendo a inexigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, e autorizou a restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos a tais títulos a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 74 c/c o art. 26-A da Lei nº 9.430/96, respeitada a prescrição quinquenal, após o trânsito em julgado, atualizados pela Selic. Deixou de submeter a sentença ao duplo grau obrigatório, nos termos do art. 496, § 4º, II, do CPC (Id 142030507, p. 1-9).

Em suas razões (Id 142030513, p. 2-43), a União sustenta, preliminarmente, a ausência de documentos indispensáveis ao ajuizamento da demanda, como comprovante de pagamento, além da necessidade de sobrestamento dos processos relacionados ao Tema 69 até o julgamento definitivo dos embargos de declaração interpostos no RE 574.706, e no mérito, a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, requerendo, subsidiariamente, que seja excluída apenas o ICMS a recolher, a parcela que transita pela empresa.

A parte impetrante apelou adesivamente (Id 142030519, p. 5-26), requerendo, em síntese, a parcial reforma da sentença no que se refere à possibilidade de compensação dos créditos tributários antes do trânsito em julgado da decisão judicial, afastando as limitações impostas pelo art. 170-A do CTN.

Com contrarrazões da União (Id 142030526, p. 1-2) e da parte impetrante (Id 142030517, p. 3-29), vieramos autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República Elton Venturi, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 142703225, p. 1-3).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002038-92.2020.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALPHA INDUSTRIA E COMERCIO DE ELETRONICOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: SANDRO BANDEIRA PINTO - SP180004-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que, tratando-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, uma vez que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ademais, a r. sentença deve se submeter ao reexame necessário, tendo em vista que o RE nº 574.706/RS ainda não transitou em julgado, para que se tome plenamente eficaz, sendo prematura a aplicação do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil. Ademais, é impossível a mensuração do proveito econômico na presente fase.

Prosseguindo, 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)

"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)

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

Quanto ao mérito, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 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, restando pacificado que o valor do ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Resalte-se que tal julgado, proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões doravante proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, conforme dispõe o art. 927, III, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos"

Neste sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.*

2. *A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016. 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido."*

(AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018)

Esta Terceira Turma tem seguido o entendimento do STJ, posicionando-se no sentido de que *"publicada a ata de julgamento e o próprio acórdão proferido no RE 574.706, deliberando pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se pode negar observância à interpretação da Corte Constitucional, independentemente da possibilidade de embargos de declaração e de eventual discussão sobre modulação dos efeitos respectivos, evento futuro e incerto que não impede a constatação da solução de mérito, firmada em sede de repercussão geral, com reconhecimento, pois, da amplitude intersubjetiva da controvérsia suscitada."* (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371049 - 0026479-19.2015.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 21/02/2018, e-DJF3:02/03/2018)

Portanto, são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, uma vez 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.

A questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"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."

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasseverar 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 da COFINS e do PIS 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.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"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: 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)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

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.

Embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. *Verbis*:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 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.

2. 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.

3. 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.

4. Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

De fato, se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, conclui-se que o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, caso contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o ICMS cobrado na operação anterior.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. JULGAMENTO ADSTRITO AOS FUNDAMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL. REJEIÇÃO.

(...)

2. No caso dos autos, não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera irresignação da parte com a solução dada pela Turma, uma vez que o ICMS passível de exclusão é o incidente sobre a operação de venda, isto é, o que compõe o faturamento da empresa e não o ICMS a pagar (que corresponde à diferença entre o valor do ICMS devido sobre as operações de saída de mercadorias ou prestação de serviços e o valor do ICMS cobrado nas operações anteriores, pois o ICMS é tributo não cumulativo).

3. É certo que a questão foi devidamente enfrentada no RE nº 574.706, não havendo dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.”

(AC nº 0000468-31.2007.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, DJe 26/04/18)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ARTIGO ART. 1.022 CPC/2015. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

(...)

- Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

(...)”

(ApReeNec nº 0000738-85.2017.4.03.6106, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, 4ª Turma, DJe 31/01/19)

Assim, entendo que o contribuinte pode abater da base de cálculo das referidas contribuições o valor do ICMS destacado nas notas fiscais representativas de suas vendas mercantis.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS destacado da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da parte impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, conforme os termos delineados a seguir.

Anote-se ser imperioso destacar que a repetição do indébito pela via judicial deve observar a necessidade de expedição de precatórios, segundo o contido no art. 100 da Constituição Federal. Nesse ponto, a sentença merece reparo, na medida em que viabiliza a restituição em espécie e pela via administrativa, o que não se pode admitir sem ofensa ao supramencionado dispositivo constitucional.

Ademais, a restituição administrativa por meio de expedição de precatório não se configura adequada ao rito próprio do mandado de segurança, tendo em vista a necessidade de eventual dilação probatória, ou outras interferências. Logo, os fundamentos jurídicos adotados orientam para a conclusão de que, no mandado de segurança, somente é possível conceder a ordem para a compensação do indébito fiscal, afastada a restituição administrativa.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa e nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, haja vista a data em que a presente ação foi ajuizada e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *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, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).
10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."
14. 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. A córdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, **após a vigência da Lei Complementar nº 104/2001, é necessário o trânsito em julgado da decisão** para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que o presente *mandamus* foi impetrado em 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 aplicando 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 Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única 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)

O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é a data do pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário, para restringir o provimento do pedido à compensação do indébito fiscal, e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação da União e ao recurso adesivo interposto pela parte impetrante, nos termos da fundamentação.

É como voto.

O Excelentíssimo Desembargador Federal Nery Júnior: Peço vênia para divergir parcialmente da E. Relatora e negar provimento à remessa oficial, de modo a possibilitar ao impetrante optar pela restituição do indébito mediante compensação ou pela expedição de precatório.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE.

1. Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dívida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa.

2. No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução.

(ApReeNec 5000086-17.2017.4.03.6127, Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 24/06/2019.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dívida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa.

2. No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5007524-11.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 06/12/2018, Intimação via sistema DATA: 12/12/2018)

A fim de evitar desnecessária tautologia, transcrevo trechos do brilhante voto condutor proferido pelo E. Desembargador Federal Nelson dos Santos nos autos n. 5007524-11.2018.4.03.0000. *Verbis*:

“Há mais de cinquenta anos, diz-se, repete-se e aplica-se, sem maior discussão, um par de enunciados da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decretando, um, que “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269) e, outro, que a “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” (Súmula 271).

Os precedentes que deram origem às referidas súmulas – ambas produzidas na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963 – não esclarecem a razão do entendimento consagrado, limitando-se a afirmá-lo como resultado de um consenso anteriormente alcançado; mas, da doutrina de Castro Nunes, constante de seu clássico “Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público” (Rio de Janeiro: Forense. 9ª edição, 1987, p. 328 e 329), colhe-se que, no tocante aos aspectos patrimoniais, o obstáculo à execução da sentença proferida no mandado de segurança residiria na impossibilidade de concluir-se, na estreita via processual que lhe é própria, pela responsabilização do **agente público impetrado**.

Com efeito, entendeu-se que seria necessário “abrir, na instância de reparação do dano, possibilidades de defesa **para o funcionário**”, inviáveis na sede processual do mandado de segurança, onde aquele não é citado, mas apenas notificado para prestar informações.

Tal raciocínio, todavia, não é de qualquer modo aplicável ou, mesmo, pertinente quando se pensa em execução ou cumprimento não em face do funcionário, mas **da pessoa jurídica de direito público**, mormente nos tempos atuais, em que ela é formalmente chamada ao processo de mandado de segurança, podendo deduzir suas razões, defender a regularidade do ato combatido, recorrer etc.

Note-se, ademais, que, tratando da execução da sentença proferida em mandado de segurança, já a Lei n. 5.021/1966 – **posterior às apontadas súmulas** – passou a dispor, expressamente, que “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”; e que “a sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (arts. 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal”.

Em outras palavras, existe lei, também cinquentenária, que admite, com todas as letras, a **mandamentalidade** da sentença proferida em mandado de segurança quanto às verbas referentes ao período posterior à impetração e a **executividade** – inclusive com liquidação, precatório etc. – no que concerne aos atrasados, assim entendidos os valores relativos ao período anterior ao ajuizamento.

Atento a esse quadro, Cassio Scarpinella Bueno (in “Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66”, São Paulo, Saraiva, 5ª edição, 2009, p. 180 e seguintes), sustentou, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o entendimento – de resto irresponsável – de que o sistema disciplinado pela Lei n. 5.021/66, porque posterior, deve prevalecer sobre a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, de sorte que, quanto aos valores referentes ao período posterior ao ajuizamento do mandado de segurança, os pagamentos devem ser feitos por determinação dirigida ao impetrado; e, quanto aos valores relativos ao período anterior à propositura, por execução contra a Fazenda Pública, nos termos da legislação processual e da Constituição Federal.

Atualmente, já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, não subsiste o processo (autônomo) de execução contra a Fazenda Pública quando o título executivo for judicial, sujeitando-se ela, assim como todos, ao regime de cumprimento de sentença. Assim, com muito mais razão há de dispensar-se o ajuizamento de demanda condenatória para a efetivação do direito consagrado na sentença proferida em mandado de segurança.

Não se ignora que, no mandado de segurança, a sentença de procedência não contém, propriamente, uma condenação – no sentido tradicional do termo –, mas uma determinação, uma ordem, um mandamento. Assim, ao tempo em que editadas as mencionadas súmulas, a sentença do mandado de segurança sujeitava-se ao disposto no artigo 290 do Código de Processo Civil de 1939, verbis:

“Art. 290. Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.

Parágrafo único. A sentença condenatória será pleiteada por meio de ação adequada à efetivação do direito declarado, sendo, porém, exequível desde logo a condenação nas custas.”

Como se vê, o Código de Processo Civil de 1939 admitia somente a execução da sentença condenatória, quadro que não se alterou com o advento do Código de Processo Civil de 1973, cujo artigo 584, inciso I, originariamente arrolava dentre os títulos executivos judiciais “a sentença **condenatória** proferida no processo civil”.

Ocorre que, com a edição da Lei n. 11.232/2005, o Código de Processo Civil de 1973 restou alterado e, no particular, passou a dispor, precisamente no artigo 475-N, que também é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que **reconheça** a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”.

Como se percebe, a partir da aludida lei, o Código de Processo Civil de 1973 deixou de conferir força executiva somente às sentenças condenatórias, admitindo que também a têm as sentenças **declaratórias**.

Não se distanciando desse norte, o Código de Processo Civil de 2015 inclui, no rol dos títulos executivos judiciais, “as decisões proferidas no processo civil que **reconheçam** a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”.

Ora, ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dívida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa.

Deveras, no âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito, data venia, que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução.

Importa destacar, nesse contexto, que a peculiaridade do rito do mandado de segurança encerra-se com a sentença. As limitações probatórias que caracterizam o rito da impetração não espraiam restrições para o momento posterior ao do julgamento, inexistindo qualquer incompatibilidade com as fases de liquidação e de cumprimento, assim como previstas na legislação processual civil.

Em síntese e por todos os ângulos que se examine a questão, a conclusão a que se chega é a de que, não fosse pelas Leis n. 5.021/64 e 11.232/2015, o Código de Processo Civil de 2015 tornou obsoleta e de todo superada a jurisprudência restritiva existente sobre a matéria.”

Ante o exposto, acompanho a E. Relatora quanto à negativa de provimento à apelação da União e ao recurso adesivo da parte impetrante e, vênias todas, **divirjo** de Sua Excelência para **negar provimento** à remessa oficial, de modo a possibilitar ao impetrante optar pela restituição do indébito mediante compensação ou pela expedição de precatório.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. RE 574.706. ART. 1040 CPC. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A DO CTN. REEXAME NECESSÁRIO, SUBMETIDO DE OFÍCIO, PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DA UNIÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS.

1. Preliminarmente, tratando-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, uma vez que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco. Ademais, a r. sentença deve se submeter ao reexame necessário, tendo em vista que o RE nº 574.706/RS ainda não transitou em julgado, para que se tome plenamente eficaz, sendo prematura a aplicação do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil. De fato, é impossível a mensuração do proveito econômico na presente fase.

2. No mérito, 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. 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.

3. 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, destacando-se que embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

4. 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 impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação. Anote-se ser imperioso destacar que a repetição do indébito pela via judicial deve observar a necessidade de expedição de precatórios, segundo o contido no art. 100 da Constituição Federal. Nesse ponto, a sentença merece reparo, na medida em que viabiliza a restituição em espécie e pela via administrativa, o que não se pode admitir sem ofensa ao supramencionado dispositivo constitucional.

5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02.

6. Tendo em vista a data do ajuizamento da ação, ou seja, após a vigência da Lei Complementar nº 104/2001, **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. Precedentes.

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. 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. Reexame necessário, submetido de ofício, parcialmente provido para restringir o provimento do pedido à compensação do indébito fiscal. Apelação e recurso adesivo desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação da União e ao recurso adesivo interposto pela parte impetrante e, por maioria, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao reexame necessário para restringir o provimento do pedido à compensação do indébito fiscal, nos termos do voto da Relatora, vencido o Des. Fed. Nery Junior que divergia apenas para negar provimento à remessa oficial, de modo a possibilitar ao impetrante optar pela restituição do indébito mediante compensação ou pela expedição de precatório. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002068-79.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LBS LABORASA INDUSTRIA FARMACEUTICALTDA

Advogado do(a) APELANTE: CAIO BRUNO DOS SANTOS PEREIRA - SP305121-A

APELADO: LBS LABORASA INDUSTRIA FARMACEUTICALTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: CAIO BRUNO DOS SANTOS PEREIRA - SP305121-A

ATO ORDINATÓRIO

Fica(m) a(s) parte(s) ciente(s) da publicação do v.acórdão ID nº 149876503.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003628-75.2008.4.03.6182

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ITAMARATI FOMENTO COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: LUCIANO AUGUSTO DE PADUA FLEURY FILHO - SP46889

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003628-75.2008.4.03.6182

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ITAMARATI FOMENTO COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: LUCIANO AUGUSTO DE PADUA FLEURY FILHO - SP46889

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO em face da r. sentença que julgou extinta a presente execução fiscal, ao fundamento de que “a nulidade da Certidão de Dívida Ativa apresentada, visto que nela deveria constar expressamente o nome da incorporadora, e não da incorporada, devedora original”.

Requer a União “o provimento do presente recurso de apelação, a fim de que seja reformada integralmente a sentença de primeiro grau, para que seja dado regular prosseguimento à execução em face da empresa incorporadora, conforme fundamentos acima expostos.”.

É o Relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003628-75.2008.4.03.6182

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ITAMARATI FOMENTO COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: LUCIANO AUGUSTO DE PADUA FLEURY FILHO - SP46889

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A r. sentença merece reparo.

Fundou-se a r. sentença ao reconhecer a ilegitimidade da parte executada ao fato de que “A devedora originária, ITAMARATI FOMENTO COMERCIAL LTDA., foi incorporada pela empresa ITAMARATI COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. no ano de 1996, muito antes, portanto, da propositura da demanda fiscal. A incorporação foi devidamente noticiada à Receita Federal, sendo promovido a devida baixa no CNPJ. Assim, ao tempo da inscrição do débito na Dívida Ativa (ano de 2007) e propositura da demanda fiscal (ano de 2008), a FN guardava plena condição para identificar qual era a empresa devedora, visto que o ato de incorporação há muito havia sido comunicado à Receita Federal (ano de 1996), que promoveu a baixa do CNPJ em virtude da incorporação. Logo, não se justifica a indicação da devedora originária (ITAMARATI FOMENTO COMERCIAL LTDA.) na Certidão de Dívida Ativa e tampouco a propositura da execução fiscal em face dela”.

O compulsar dos autos revela que após a citação da parte executada, houve pedido da Fazenda para substituir a CDA para alteração da parte executada, o que apesar de deferido, acabou por mostrar-se indevido, como devidamente pontuado na r. sentença, uma vez que a possibilidade de emenda ou substituição restringe-se às hipóteses de correção de erro material ou formal, sendo, pois, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário.

Neste sentir:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO. TESE FIXADA PELO STF. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE MUDANÇA DO POLO PASSIVO DO EXECUTIVO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

- Cuida-se de Execução Fiscal ajuizada pelo MUNICÍPIO DE CAMPINAS/SP, em 07/03/1996, para cobrança de IPTU e taxas relativamente aos exercícios de 1992, 1993, 1994 e 1995, incidentes sobre imóvel pertencente, no período, à Fundação de Seguro Social do Banco Econômico S/A ECOS.

...

- Por fim, quanto à possibilidade de alteração do pólo passivo, tem-se que a substituição da CDA que fundamenta a execução pode ser feita a qualquer tempo, até a decisão de primeira instância, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80. Referida substituição, instituída em lei, não elide a presunção de certeza e liquidez de que goza a Certidão de Dívida Ativa, servindo apenas para adequá-la a fatos supervenientes à inscrição.

- Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.045.472/BA, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C, do Código de Processo Civil, firmou orientação no sentido de que se admite a substituição do título executivo em casos de erro material ou formal, afastada a hipótese de alteração do sujeito passivo.

- A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo. (Sessão Plenária de 23.09.2009, DJe nº 07.10.2009).: in verbis O entendimento anteriormente explicitado, já foi consolidado com a edição da Súmula 392

- Imperiosa a constatação de que trata-se de execução baseada em Certidão de Dívida Ativa nula por violação aos requisitos previstos no art. 202, inc. I, do CTN e do art. 2º, § 5º, inc. I da LEF, consistente na não correspondência entre o devedor constante da CDA e sujeito passivo direto do tributo, parte na relação jurídica material tributária.

- Ademais, no caso concreto, nota-se que o imóvel sobre o qual recaí a cobrança foi objeto de expropriação pela União, conforme Decreto nº 95.254, de 18/11/1987, que declarou a utilidade pública, para fins de desapropriação, destinando-o ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. A imissão de posse provisória foi lavrada somente em 26/04/1996 (ID 105298164, pág. 44), ou seja, após o ajuizamento da presente execução fiscal, e a alteração do pólo passivo na Execução Fiscal foi deferida pelo juízo em 01/02/2007 (ID 105298164, pág. 44), conforme solicitação do município de Campinas/SP.

- Outrossim, conforme entendimento pontuado na jurisprudência que ora colaciono, enquanto não deferida e efetivada a imissão de posse provisória, o proprietário do imóvel continua responsável pelos impostos a ele relativos (REsp 239.687/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 20.3.2000).

- Agravo de instrumento parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido, para reconhecer a impossibilidade de alteração do pólo passivo do executivo fiscal no caso concreto.

(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO/SP, 0017754-71.2016.4.03.0000, Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, Intimação via sistema DATA: 09/06/2020)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - NULIDADE DA CDA CONFIGURADA - VEDADA A ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - SÚMULA 392, STJ - RECURSO REPETITIVO RESP 1045472/BA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS - PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS

1 - No âmbito da execução por quantia certa em face de devedor solvente, insta recordar traduz-se a execução fiscal em modalidade especial daquela, regida por regras especiais, positivadas por meio da Lei 6.830/80 (LEF), cuja insuficiência - e evidentemente somente quando assim, aliando-se a isso a compatibilidade entre os ordenamentos - então admite a subsidiariedade integradora do CPC, consoante o art. 1º, daquela.

2 - Oportuno recordar põe-se o título, em execução por quantia certa em face de devedor solvente, a depender, consoante art. 586, CPC, da simultânea presença de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito envolvido. Logo, põe-se a depender, a relação processual, em seu desenvolvimento válido e regular, em execução, do atendimento a todos aqueles requisitos, basilares que são.

3 - É neste plano que se deve preluzir sobre o abalo, insuperável, no qual envolto o requisito da liquidez do título em causa, vez que a CDA originária, fls. 14, identificou como devedora a pessoa natural Elvira Merten, não a Caixa Econômica Federal.

4 - O Município confessa seu erro a fls. 58, último parágrafo, ao assim se manifestar: "Some-se ao fato, para exclusão de quaisquer questionamentos sobre a legitimidade da Executada para responder pelo crédito tributário exequendo, que a Municipalidade efetivou a substituição das CDA's, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, para fazer constar que a Caixa Econômica Federal era a proprietária e a Sra. Elvira Merten era compromissária do bem imóvel, sanando qualquer nulidade porventura ainda existente."

5 - A nova CDA juntada pela Fazenda Municipal passou a identificar como devedora a CEF, fls. 29, significando dizer que o polo passivo da execução foi alterado, denotando-se abalo à presunção de liquidez e certeza de que desfruta o título em causa, consoante parágrafo único do art. 204, CTN, agir que tal vedado pela Súmula 392, STJ.

6 - A respeito da impossibilidade da alteração do polo passivo, como o fez a Municipalidade, no título executivo, o C. STJ, pela sistemática dos Recursos Repetitivos, art. 543-C, CPC, apreciou a quaestio. Precedente.

7 - Presente nulidade insanável, nula a CDA, em sua gênese.

8 - Nenhum reparo a demandar a verba sucumbencial, porque consoante às diretrizes do art. 20, CPC, não se tratando de cifra aviltante, diante do valor executado (R\$ 592,10, para o ano 2010, fls. 29).

9 - Improvimento à apelação. Procedência aos embargos.

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1731234/SP, 0002328-81.2010.4.03.6126, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/11/2015)

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVA. VEDADA. SÚMULA 392/STJ. APELAÇÃO. REO. IMPROVIDAS.

1. A devedora originária, ITAMARATI FOMENTO COMERCIAL LTDA., foi incorporada pela empresa ITAMARATI COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. no ano de 1996, muito antes, portanto, da propositura da demanda fiscal. A incorporação foi devidamente notificada à Receita Federal, sendo promovido a devida baixa no CNPJ. Assim, ao tempo da inscrição do débito na Dívida Ativa (ano de 2007) e propositura da demanda fiscal (ano de 2008), a FN guardava plena condição para identificar qual era a empresa devedora, visto que o ato de incorporação há muito havia sido comunicado à Receita Federal (ano de 1996), que promoveu a baixa do CNPJ em virtude da incorporação. Logo, não se justifica a indicação da devedora originária (ITAMARATI FOMENTO COMERCIAL LTDA.) na Certidão de Dívida Ativa e tampouco a propositura da execução fiscal em face dela.

2. A possibilidade de emenda ou substituição restringe-se às hipóteses de correção de erro material ou formal, sendo, pois, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.

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 5003988-59.2017.4.03.6100

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

APELANTE: NESTLE SUDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: PAULO ROGERIO SEHN - SP109361-A, MARIANA NEVES DE VITO - SP158516-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI, SERVICIO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVICIO SOCIAL DA INDUSTRIA SESI

Advogado do(a) APELADO: FELIPE GUSTAVO DE AVILA CARREIRO - DF27333-A

Advogado do(a) APELADO: VINICIUS SODRE MORALIS - SP305394-A

Advogado do(a) APELADO: FELIPE GUSTAVO DE AVILA CARREIRO - DF27333-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003988-59.2017.4.03.6100

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

APELANTE: NESTLE SUDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: PAULO ROGERIO SEHN - SP109361-A, MARIANA NEVES DE VITO - SP158516-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI, SERVICIO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVICIO SOCIAL DA INDUSTRIA SESI

Advogado do(a) APELADO: FELIPE GUSTAVO DE AVILA CARREIRO - DF27333-A

Advogado do(a) APELADO: VINICIUS SODRE MORALIS - SP305394-A

Advogado do(a) APELADO: FELIPE GUSTAVO DE AVILA CARREIRO - DF27333-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por NESTLÉ SUDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. em face de ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO/SP, SEBRAE, SENAI, SESI, INCRA e FNDE, a fim de não recolher as contribuições para o SISTEMA 'S', INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE) calculadas sobre a folha de salário. Segundo alega, as contribuições para o SISTEMA 'S', INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE) 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 autorizado a restituição/compensação administrativa/judicial, sem as restrições da IN RFB 1.300/2012, dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição aos terceiros sobre a folha de salários e demais remunerações. Atribuído à causa o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

A liminar foi indeferida (ID 140608053).

O Delegado da Receita Federal, o SEBRAE, SESI, SENAI, INCRA e FNDE prestaram informações (ID's 140608188, 140608074, 140608075 e 140608067).

A Sentença denegou a segurança, uma vez que entendeu não haver ilegalidade/inconstitucionalidade na exigência das contribuições, objeto da presente impetração. Por fim, determinou as custas pela impetrante, bem como deixou de condenar em honorários advocatícios (ID 140608191).

A impetrante interpôs embargos de declaração, a fim de sanar omissão quanto a inconstitucionalidade e ilegalidade das contribuições devidas ao INCRA (ID 140608202). Posteriormente, os embargos de declaração não foram acolhidos (ID 140608212).

Apela a impetrante, pugnando 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 SISTEMA 'S', INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE) 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 reconhecido o seu direito a compensação dos recolhimentos efetuados nos cinco anos anteriores ao ajuizamento do presente mandado de segurança (ID 140608219).

A União, o SESI e o SENAI apresentaram contrarrazões de apelação, requerendo o não provimento do recurso (ID's 140608233 e 140608232,).

Vieramos autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação pelo prosseguimento do feito (ID 140896804).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003988-59.2017.4.03.6100

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

APELANTE: NESTLE SUDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: PAULO ROGERIO SEHN - SP109361-A, MARIANA NEVES DE VITO - SP158516-A

Advogado do(a) APELADO: FELIPE GUSTAVO DE AVILA CARREIRO - DF27333-A

Advogado do(a) APELADO: VINICIUS SODRE MORALIS - SP305394-A

Advogado do(a) APELADO: FELIPE GUSTAVO DE AVILA CARREIRO - DF27333-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança visando o não recolhimento das contribuições para o SISTEMA 'S', INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE) 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 SISTEMA 'S', INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE) foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

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 acrescentou 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 SISTEMA 'S', INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE). 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, 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.

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 com o mesmo objeto.

Desta feita, demonstrada a legalidade e constitucionalidade das exações, objeto da presente impetração, fica prejudicado o pedido de restituição/compensação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo o julgado contido na sentença.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÕES PARA O SISTEMA ‘S’, INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE) – LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

1. Com o advento da Lei nº 11.457/2007, as atividades referentes a tributação, fiscalização e arrecadação das contribuições para o SISTEMA ‘S’, INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE) foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil.
2. A Emenda Constitucional 33/2001 acrescentou o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal.
3. *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 SISTEMA ‘S’, INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO (FNDE). 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 e não para as contribuições existentes. Portanto, não se pode falar de revogação expressa ou tácita das contribuições sociais, objeto da presente impetração, bem como não recepção.
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 mesmo objeto.
6. 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 5016508-65.2019.4.03.6105

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

APELANTE: NOVAFARMA INDUSTRIA FARMACEUTICALTDA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO AURELIO ZILVETI ARCE MURILLO - SP100068-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5016508-65.2019.4.03.6105

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

APELANTE: NOVAFARMA INDUSTRIA FARMACEUTICALTDA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO AURELIO ZILVETI ARCE MURILLO - SP100068-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **NOVAFARMA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA.**, em face do **INSPETOR-CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE BRASÍLIA-DF** e do **INSPETOR-CHEFE DA ALFANDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE VIRACOPOS – SP**, com pedido liminar para assegurar à impetrante o pagamento da Taxa Siscomex com base na Lei nº 9.716/98 nas próximas importações, concedendo-se, ao final, integralmente a segurança para, confirmando-se a medida liminar, reconhecer o direito líquido e certo da impetrante ao recolhimento da Taxa Siscomex com base na Lei nº 9.716/98, bem como a compensação dos valores recolhidos a maior nos últimos 05 (cinco) anos. Atribuído à causa o valor de R\$ 91.544,00 (noventa e dois mil e quatrocentos e trinta e seis reais).

Aduziu a impetrante que para o desenvolvimento de suas atividades no âmbito de importações, vale-se do registro da Declaração de Importação (DI) no Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOMEX, sofrendo incidência da respectiva taxa de utilização, instituída pelo art. 3º, da Lei 9.716/98, e que a sua cobrança no valor fixado por ato infralegal do Ministério da Fazenda, previsto na Portaria MF 257/11, a partir da delegação do art. 3º, § 2º, viola o princípio da legalidade tributária. Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade e ilegalidade da majoração perpetrada pela Portaria MF 257/11 (art. 150, I; art. 145, II; e art. 97, I e II), reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; a ilegalidade da majoração da taxa SISCOMEX, porquanto aumento muito superior aos índices de inflação do período, não se podendo falar em mera atualização da sua base de cálculo; que o valor da taxa cobrada em virtude da utilização do SISCOMEX, que deveria guardar relação com os custos específicos desta atuação estatal, na realidade, guarda relação com os custos de operação de todo o parque tecnológico da Receita Federal do Brasil, o que retira a natureza jurídica tributária de taxa; que a Portaria MF 257/11 não observou as diretrizes da Nota Técnica Conjunta Cotec/Copol/Coana 02/2011; e que a Coordenação-Geral de Representação Judicial da Fazenda Nacional, órgão da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, emitiu a Nota SEI nº 73/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, incluindo as ações que tratam da majoração da Taxa Siscomex na lista de dispensa de contestar e recorrer de que trata a Portaria PGFN nº 502/2016 (Id 14460).

Indeferida a liminar e excluído da lide o **INSPETOR-CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE BRASÍLIA-DF** (Id 144606312).

Pugnou a União pelo ingresso na lide, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Id 144606315).

Informações do **INSPETOR-CHEFE DA ALFANDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS DE VIRACOPOS (CAMPINAS)**, em que alegou, inicialmente, sua ilegitimidade passiva; a impossibilidade técnica de se realizar alterações no sistema informatizado SISCOMEX; e a impossibilidade de restituição ou compensação pela autoridade impetrada. No mais, aduziu, em síntese, que a própria Lei 9.716/98 delegou ao Ministro da Fazenda o reajuste por ato infralegal; que a majoração da taxa foi estabelecida de acordo com o poder regulamentar definido na referida lei; que não restou provado o alegado caráter confiscatório; que a taxa se presta não apenas à manutenção do serviço do sistema informatizado, mas também ao custeio dos gastos decorrentes do exercício do poder de polícia administrativo; a natural necessidade de reajuste acumulado do valor da taxa que se manteve inalterado desde 1998; e que, em realidade, os valores da Portaria MF 257/2011 estão fundados na Nota Técnica Conjunta Cotec/Copol/Coana 03/2011 (Id 144606320).

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido do mero prosseguimento do feito, considerada a ausência de interesse público que justifique sua intervenção (Id 144606323).

O juízo de origem denegou a segurança pleiteada, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Custas pela impetrante. Sem condenação ao pagamento de honorários, a teor das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, bem como do artigo 25 da Lei n. 12.016/09 (Id 144606324).

Apelação da parte impetrante em que sustentou, preliminarmente, o litisconsórcio passivo, na medida em que das DIs acostadas conclui-se que as mercadorias foram desembaraçadas no Aeroporto Internacional de Brasília e no Aeroporto Internacional de Viracopos, sendo as impetradas as responsáveis por fiscalizar as respectivas importações. No mérito, reiterou os termos da exordial (Id 144606532).

Peticionou a impetrante noticiando sua incorporação à empresa Fresenius Kabi Brasil Ltda. e requerendo a alteração do polo ativo (Id 144606537).

Deixou a União de apresentar contrarrazões, em razão do disposto na NOTA PGFN/CRJ/Nº 73/2018 (Id 144606542).

O MPF reiterou sua posição pelo mero prosseguimento do feito (Id 145174329).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5016508-65.2019.4.03.6105

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

APELANTE: NOVAFARMA INDUSTRIA FARMACEUTICALTDA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO AURELIO ZILVETI ARCE MURILLO - SP100068-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada com o escopo de se ver afastada a exigência de recolhimento da Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOMEX, na forma majorada pela Portaria MF 257/2011, assim como de se ver reconhecido o direito à compensação do valor indevidamente recolhido nos últimos 5 anos.

De início, não há que se falar em litisconsórcio passivo. Não encontra guarida o pleito de manutenção do **INSPETOR-CHEFE DA ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE BRASÍLIA – DF** na lide, porquanto no âmbito do *mandamus* a competência é fixada pela sede funcional da autoridade impetrada, consoante reconhecido pelo juízo *a quo*.

A referida Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, foi instituída pela Lei nº 9.716/18, que dispôs, em seu artigo 3º:

Art. 3º Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1º A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de:

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2º Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

(...)

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se em relação às importações registradas a partir de 1º de janeiro de 1999.

Optou o legislador, no § 2º do artigo 3º da Lei n.º 9.716/1998, por delegar ao Ministro da Fazenda, por meio de ato infralegal, a fixação do valor do reajuste anual da referida taxa, nos termos da variação dos custos de operação e dos investimentos e, nestes termos, foi editada a Portaria MF nº 257/2011:

Art. 1º Reajustar a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), devida no Registro da Declaração de Importação (DI), de que trata o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei N.º 9.716, de 1998, nos seguintes valores:

I - R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) por DI;

II - R\$ 29,50 (vinte e nove reais e cinquenta centavos) para cada adição de mercadorias à DI, observados os limites fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)

Trata-se de taxa com fato gerador no exercício do poder de polícia consistente em sistema de fiscalização de comércio exterior, estipulada com fundamento no artigo 77 da Constituição Federal e sujeita aos princípios constitucionais tributários, na forma do artigo 150, também do Texto Constitucional, *verbis*:

Art. 77 As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

À vista de sua natureza tributária, não poderia a taxa em contenda ter seu valor fixado ou majorado por ato infralegal do Poder Executivo, restando evidente a violação ao princípio constitucional da legalidade tributária.

Nesta linha, reconheceu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário RE/SC 1095001 Agr, que “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”, *verbis*:

Agravo 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 a 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)

Igualmente no sentido da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX na forma preconizada pela Portaria MF nº 257/2011, destaquem-se os recentes julgados desta Terceira Turma:

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. TAXA SISCOMEX. INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO.

1. A Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98.

2. O entendimento do STF foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, "considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX", por se tratar de expressão aberta e pouco clara. Art. 3º, §2º, Lei n.º 9.716/98.

3. Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no STF e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do STF. Precedentes.

4. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, uma vez que era essa a legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda. REsp n.º 1137738/SP.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação ou repetição dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do CTN, sendo aplicável a taxa SELIC como índice de correção monetária, desde a data do pagamento indevido. REsp n.º 1112524/DF; AgRg no AgRg no AREsp n.º 536.348.

6. Recurso de apelação provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0008571-16.2015.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 05/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/03/2020)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional: "Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

2. Nos termos da legislação que rege o SISCOMEX, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa SISCOMEX em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

5. Destarte, revendo posicionamentos anterior; vislumbro infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos a tal.

6. Realizadas tais ponderações, exsurge a possibilidade de que a taxa não seja recolhida nos moldes da portaria MF 257/2011, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação.

7. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

8. O presente entendimento vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o INPC como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa Siscomex, com restituição dos valores (diferença) pela SELIC.

9. Em consequência, é de se declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do SISCOMEX promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, devendo a ré restituir à parte demandante os valores pagos indevidamente, segundo esse critério, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, acrescidos (somente) de juros compensatórios equivalentes à taxa SELIC.

10. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), observando-se o disposto no art. 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, conforme jurisprudência do E. STJ, julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - REsp nº 1.137.738/SP.

11. Remessa oficial não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001238-04.2019.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, Intimação via sistema DATA: 23/03/2020)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Sentença que julgo parcialmente procedente o pedido e concedeu parcialmente a segurança para afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11 e reconhecer o direito à repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, respeitado o prazo decadencial de 120 dias.

2. A controvérsia cinge-se à possibilidade de atualização monetária do valor da taxa em análise, de acordo com os índices oficiais, conseqüente reconhecimento do direito à repetição do indébito na via administrativa e ao respectivo prazo.

3. Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.

4. A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perfilhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.

5. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.

6. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.

7. O índice a ser observado na atualização monetária da SISCOMEX, de acordo com o entendimento firmado por esta turma julgadora, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

8. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa (no artigo 170-A do CTN).

9. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.

10. A sentença deve ser parcialmente reformada para que seja julgado procedente em parte o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, ressalvando-se a incidência de atualização monetária mediante a aplicação do INPC acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 (131,60%), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

11. Apelação e Remessa necessária parcialmente providas

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5009552-70.2018.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

Ressalte-se, ademais, que a própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional incluiu a questão relativa à majoração da taxa SISCOMEX pela Portaria MF 257/2011 na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.

Afastada a majoração da taxa SISCOMEX na forma promovida pela Portaria MF nº 257/2011, não há que se perder de vista a necessidade de atualização monetária do valor do tributo por meio da aplicação de índices oficiais de correção monetária acumulados no período (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC), qual seja, o INPC, cujo percentual acumulado de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

Indevida a majoração da taxa SISCOMEX, de rigor o reconhecimento do direito da impetrante à repetição dos valores indevidamente recolhidos, a serem compensados administrativamente ou restituídos mediante precatório judicial, observado o trânsito em julgado (artigo 170-A, CTN) e a prescrição quinquenal, bem assim o disposto no artigo 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, porquanto legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial julgado 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 mais albergava esta limitação.*
- 7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*
- 8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*
- 9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).*
- 10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*
- 11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
- 12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*
- 13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*
- 14. 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)

Quanto à restituição administrativa do indébito, ressalvado meu posicionamento sobre o tema, curvo-me ao entendimento desta e. Turma no sentido de reconhecer a sua inviabilidade, nos termos da Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça e do art. 100 da Constituição Federal.

Aplicável a taxa SELIC para a correção monetária do indébito a ser repetido, não acumulável com qualquer outro índice, a contar do recolhimento indevido, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, *infra* ou *ultra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor; já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater; um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Ante o exposto, **rejeito a preliminar e dou parcial provimento à apelação** para afastar a majoração da Taxa de Utilização SISCOMEX na forma promovida pela Portaria MF nº 257/2011, reconhecer o direito da impetrante a efetuar o recolhimento da referida taxa nos moldes originalmente estabelecidos pela Lei nº 9.716/98, observada a atualização monetária do valor do tributo por meio da aplicação de índices oficiais de correção monetária acumulados no período, bem assim reconhecer o direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos, a serem compensados administrativamente conforme pleiteado na inicial, observado o trânsito em julgado (artigo 170-A, CTN) e a prescrição quinquenal, bem assim disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. DIREITO À REPETIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, foi instituída pela Lei nº 9.716/18.
2. Optou o legislador, no § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.716/1998, por delegar ao Ministro da Fazenda, por meio de ato infralegal, a fixação do valor do reajuste anual da referida taxa, nos termos da variação dos custos de operação e dos investimentos e, nestes termos, foi editada a Portaria MF nº 257/2011.
3. Trata-se de taxa com fato gerador no exercício do poder de polícia consistente em sistema de fiscalização de comércio exterior, estipulada com fundamento no artigo 77 da Constituição Federal e sujeita aos princípios constitucionais tributários, na forma do artigo 150, também do Texto Constitucional.
4. À vista de sua natureza tributária, não poderia a taxa em contenda ter seu valor fixado ou majorado por ato infralegal do Poder Executivo, restando evidente a violação ao princípio constitucional da legalidade tributária.
5. Nesta linha, reconheceu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário RE/SC 1095001 Agr, que "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". Igualmente no sentido da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX na forma preconizada pela Portaria MF nº 257/2011 é a jurisprudência desta Terceira Turma.
6. A própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional incluiu a questão relativa à majoração da taxa SISCOMEX pela Portaria MF 257/2011 na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN nº 502/2016.
7. Afastada a majoração da taxa SISCOMEX na forma promovida pela Portaria MF nº 257/2011, não há que se perder de vista a necessidade de atualização monetária do valor do tributo por meio da aplicação de índices oficiais de correção monetária acumulados no período (RE 1095001 Agr, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC), qual seja, o INPC, cujo percentual acumulado de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).
8. Indevida a majoração da taxa SISCOMEX, de rigor o reconhecimento do direito da impetrante à repetição dos valores indevidamente recolhidos, a serem compensados administrativamente conforme pleiteado na inicial, observado o trânsito em julgado (artigo 170-A, CTN) e a prescrição quinquenal, bem assim o disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, porquanto legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).
9. Quanto à restituição administrativa do indébito, ressalvado meu posicionamento sobre o tema, curvo-me ao entendimento desta e. Turma no sentido de reconhecer a sua inviabilidade, nos termos da Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça e do art. 100 da Constituição Federal.
10. Aplicável a taxa SELIC para a correção monetária do indébito a ser repetido, não acumulável com qualquer outro índice, a contar do recolhimento indevido (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010).
11. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A TURMA, POR UNANIMIDADE, REJEITOU A MATÉRIA PRELIMINAR E DEU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001098-58.2020.4.03.6128

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

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 78/666

APELANTE: BRASCASE ALIMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001098-58.2020.4.03.6128

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

APELANTE: BRASCASE ALIMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por BRASCASE ALIMENTOS LTDA contra sentença que denegou a segurança pleiteada, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

O presente *mandamus* foi impetrado pela ora apelante contra o DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAÍ-SP, objetivando a declaração do direito da "Impetrante em proceder à compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins sobre a quantia referente à SELIC incidente no ressarcimento de créditos tributários (municipais, estaduais e federais), cujo montante deverá ser devidamente atualizado pela Taxa SELIC, sem prejuízo do direito da autoridade administrativa em proceder à fiscalização do procedimento de compensação".

Pela sentença (ID 143987597), o Magistrado sentenciante ratificou a decisão proferida em sede liminar, no sentido de que *"a tese esboçada não vem encontrando eco nas decisões superiores, em seguimento ao decidido no recurso especial repetitivo 1.138.695/SC, que pode também ser aplicado analogicamente à incidência do PIS e da COFINS. Tendo natureza de juros de mora, a incidência ocorre na forma do art. 1º, §1º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, que tem como base de cálculo "a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica"*.

Os embargos de declaração foram rejeitados, consoante decisão ID 143987608.

Irresignada, a parte impetrante apresentou recurso de apelação (ID 143987613), arguindo, em apertada síntese, que: a) a inaplicabilidade do REsp nº 1.138.695/SC, sendo que *"a discussão acerca da incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da Cofins sobre os juros SELIC na repetição de indébito tributário é manifestamente constitucional, que deve ser analisada sob o prisma do conceito constitucional de "renda", nos termos do artigo 153 da Constituição Federal, e do conceito de "receita" contido no artigo 195 da mesma Carta"*; b) *"a Taxa SELIC possui natureza híbrida, sendo composta por parcela correspondente à correção monetária (recomposição do valor da moeda) e outra parte correspondente aos juros monetários (recomposição do dano)"*; c) *"não há que se permitir decomposição da Taxa SELIC, sendo de rigor a não incidência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins sobre os valores relativos à atualização monetária e juros de mora na restituição, compensação e ressarcimento de créditos tributários municipais, estaduais e federais"*; d) *"caso o entendimento seja pela incidência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins sobre a SELIC decorrente da recuperação dos débitos tributários, considerando o exposto acima acerca da natureza híbrida da Taxa SELIC, os referidos tributos devem incidir, tão somente, sobre a parcela referente aos juros de mora"*.

Comcontrarrrazões (ID 143987618), subiram os autos a esta Corte.

Parer do Ministério Público Federal (ID 144869223) opinando pelo desprovemento do apelo.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001098-58.2020.4.03.6128

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

APELANTE: BRASCASE ALIMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA-SP182696-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade da apelação.

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.

A apelação não comporta provimento.

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 (destaquei):

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 nº 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. nº 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 CSSL. 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 CSSL. 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 nº 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 acazbarca 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 5/5/2016, 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 o 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)

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. JUROS DE MORA DECORRENTES DO RESSARCIMENTO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TAXA SELIC. IRPJ E CSL. INCIDÊNCIA.

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 egrégia 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, "e", da Constituição Federal.

4. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - 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).

Logo, a sentença não comporta qualquer retoque, vez que em consonância com a jurisprudência do STJ e desta Turma.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

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 DESPROVIDO.

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. 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 5005478-61.2019.4.03.6128

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

APELANTE: ROGER DO BRASIL INDUSTRIA DE COSMETICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005478-61.2019.4.03.6128

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

APELANTE: ROGER DO BRASIL INDUSTRIA DE COSMETICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela impetrante (ID 143985316) em face do *decisum* que julgou o feito improcedente.

No dia 22/11/2019, a empresa ROGER DO BRASIL INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA. impetrou o presente mandado de segurança contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Jundiaí/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS destacado em nota fiscal da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o afastamento da Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018 e do parágrafo único, do art. 27, da INRFB nº 1911/2019. Requer, ainda, o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 2.439.735,11. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 143985293).

O órgão do Ministério Público Federal que atua na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 143985295).

Sobreveio sentença que denegou a segurança, considerando indevida apenas a inclusão do ICMS efetivamente recolhido na base de cálculo do PIS e da COFINS (ID 143985298).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Opostos declaratórios pela impetrante (ID 143985306), foram rejeitados (ID 143985311).

Não resignada, apela a impetrante pleiteando a reforma da sentença, diante da alegada ilegitimidade da inclusão do ICMS destacado em nota fiscal na base de cálculo do PIS e da COFINS. Postula, ainda, pelo afastamento da Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018 e do parágrafo único, do art. 27, da INRFB nº 1911/2019 e pelo reconhecimento do direito à compensação do indébito.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 143985320).

O *Parquet* opina pelo provimento da apelação (ID 144869484).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005478-61.2019.4.03.6128

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

APELANTE: ROGER DO BRASIL INDUSTRIA DE COSMETICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

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)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito em julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a “posição de credor tributário”, nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores 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 encontra 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 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.

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 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. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos.”

(AgInt nos EREsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999. Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do questionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que 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.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"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. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

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.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Por tal motivo, inclusive, deve ser afastada a aplicação da Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018 e do parágrafo único, do art. 27, da INRFB nº 1911/2019.

Resalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em igual sentido, não se sustenta o pedido subsidiário da Fazenda Nacional, em sede de contrarrazões, para “readequação da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS”, dada a necessidade de se destacar o valor do ICMS. Com efeito, repita-se, o entendimento consolidado no âmbito do RE 574.706/PR é cristalino no sentido de que seja excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS todo o ICMS faturado, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de realizar nova readequação daquela base de cálculo. Pretende a Fazenda Nacional verdadeiro esvaziamento do conteúdo do julgado acima destacado.

Em relação ao pedido de compensação, o c. Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos, consolidou entendimento no sentido 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, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva 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. Vejamos:

"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.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

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)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação mandamental, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **22/11/2019** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo 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.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data da impetração do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral, pois deve ser **obedeido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido**.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 658/2020 do Conselho da Justiça Federal.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 658/2020, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

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

Sem condenação em verba honorária, a teor das Súmulas nº 105 do Superior Tribunal de Justiça e nº 512 do Supremo Tribunal Federal.

Custas na forma da lei.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e simôus fiscal.
2. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
3. 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. Por tal motivo, inclusive, deve ser afastada a aplicação da Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018 e do parágrafo único, do art. 27, da INRFB nº 1911/2019.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Em igual sentido, não se sustenta o pedido subsidiário da Fazenda Nacional, em sede de contrarrazões, para “readequação da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS”, dada a necessidade de se destacar o valor do ICMS. Com efeito, repita-se, o entendimento consolidado no âmbito do RE 574.706/PR é cristalino no sentido de que seja excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS todo o ICMS faturado, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de realizar nova readequação daquela base de cálculo. Pretende a Fazenda Nacional verdadeiro esvaziamento do conteúdo do julgado acima destacado.
6. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação mandamental, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 22/11/2019.
7. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
8. Ressalvado 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, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF e STJ.
10. Apelação provida, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0006218-83.2012.4.03.6182

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

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 89/666

APELANTE: ANSELMO GELLI

Advogado do(a) APELANTE: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006218-83.2012.4.03.6182

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

APELANTE: ANSELMO GELLI

Advogado do(a) APELANTE: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por ANSELMO GELLI em face da r. sentença que rejeitou "liminarmente os presentes Embargos à Execução Fiscal, nos termos do artigo 739, inciso I, do Código de Processo Civil, e, em consequência, julgo extinto o presente feito sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil" segundo o entendimento de que os embargos eram intempestivos.

Pugna o apelante a reforma da r. sentença.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006218-83.2012.4.03.6182

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

APELANTE: ANSELMO GELLI

Advogado do(a) APELANTE: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ar. sentença não merece qualquer reparo.

Rebatendo as alegações expostas pelo apelante e colocando uma pá de cal no objeto do apelo, a questão da termo inicial para a aferição da intempestividade dos embargos à execução não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça sedimentou, através de julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, que o prazo para a interposição de embargos à execução fiscal é de 30 (trinta) dias, contados da data da intimação da penhora, nos termos do artigo 16, da Lei nº 6.830/80 (STJ, Primeira Seção, REsp 1112416/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 27/05/2009, DJe 09/09/2009).

Na hipótese vertida, conforme afirmado na r. sentença, a juntada da carta precatória ocorreu em 11/10/2011, a se concluir que a penhora é anterior a esta data – ressalte-se que este documento sequer foi juntado pelo embargante -, e o ajuizamento dos presentes embargos deu-se apenas em 9/12/2011, o que demonstra a intempestividade na sua oposição, visto ter ultrapassado o trintídio previsto no art. 16, inciso III, da Lei nº 6.830/80.

Neste sentido, trago à colação o seguinte precedente jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONTAGEM DO PRAZO - ART. 184 DO CPC.

- 1. Pacificado no âmbito da Primeira Seção que o termo a quo para a oposição de embargos do devedor é a efetiva intimação da penhora e não a juntada aos autos do mandado cumprido.*
- 2. Como a contagem dos prazos processuais obedece à regra contida no art. 184 do CPC, exclui-se o dia do começo e computa-se o dia final, prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente se este recair em dia em que não há expediente forense.*
- 3. Embargos à execução intempestivos.*
- 4. Recurso especial improvido.*

(STJ, REsp 810051 / RS, processo: 2006/0003803-7, Data do Julgamento: 20/04/2006, Relatora Ministra ELIANA CALMON)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO REJEITADOS LIMINARMENTE. REFORÇO DE PENHORA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 16 DA LEI nº 6.830/80. INTEMPESTIVIDADE. I. Realizada penhora para ampliação da primeira, inadmissível os embargos que não tinham sido ofertados inicialmente, tendo em vista a unicidade da execução e a não ocorrência de alteração da certidão da dívida ativa. II. O prazo para oferecimento dos embargos do devedor tem seu termo inicial regido pelo Art. 16 da Lei nº 6.830/80 e é contado a partir da primeira penhora. Precedentes da Turma.

(TRF3, AC nº 1999.61.12.003197-5, Relator JUIZ BAPTISTA PEREIRA, DJU DATA:21/05/2003)

Correta, portanto, a sentença do Juízo *a quo* que reconheceu a intempestividade dos embargos.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PARA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS. EFETIVA INTIMAÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Rebatendo as alegações expostas pelo apelante e colocando uma pá de cal no objeto do apelo, a questão da termo inicial para a aferição da intempestividade dos embargos à execução não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça sedimentou, através de julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, que o prazo para a interposição de embargos à execução fiscal é de 30 (trinta) dias, contados da data da intimação da penhora, nos termos do artigo 16, da Lei nº 6.830/80 (STJ, Primeira Seção, REsp 1112416/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 27/05/2009, DJe 09/09/2009).

2. Conforme afirmado na r. sentença, a juntada da carta precatória ocorreu em 11/10/2011, a se concluir que a penhora é anterior a esta data, e o ajuizamento dos presentes embargos deu-se apenas em 9/12/2011, o que demonstra a intempestividade na sua oposição, visto ter ultrapassado o trintídio previsto no art. 16, inciso III, da Lei nº 6.830/80.

3. 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 5006248-35.2019.4.03.6102

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

APELANTE: HPB ENGENHARIA E EQUIPAMENTOS LTDA, HPB SISTEMAS DE ENERGIA LTDA, HPB MONTAGENS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A
Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A
Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM RIBEIRÃO PRETO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006248-35.2019.4.03.6102

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

APELANTE: HPB ENGENHARIA E EQUIPAMENTOS LTDA, HPB SISTEMAS DE ENERGIA LTDA, HPB MONTAGENS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A
Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A
Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM RIBEIRÃO PRETO, 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 SESI, SENAI, SENAC, SESC, SEBRAE, INCRA 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 este a base das exações do SESI, SENAI, SENAC, SESC, SEBRAE, INCRA e FNDE.

3. Apelação não provida.

Sustenta o embargante que o “decisum” incorreu em omissões, sustentando que o Acórdão não demonstrou os motivos determinantes da utilização a Ementa do AI 849045 AgR-ED/RS, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/09/2017 como seu fundamento. Por outro lado, sustenta que o citado AI 849045 AgR-ED/RS, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/09/2017 não se aplica a presente ação. Afirmo, ainda, que o decisum, ora embargado, deixou de apreciar os fundamentos de fato e de direito por ela apresentados no seu recurso, fundamentando-se em apenas no fato de 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. Por fim, apresenta novamente trechos dos fundamentos de seu pedido, para que sejam apreciados, posto que afastariam a conclusão do Acórdão, sendo que o voto recentemente proferido no âmbito do julgamento do tema 325, pela E. Min. Rosa Weber é no mesmo sentido.

Pede o acolhimento dos embargos, a fim de que sejam sanados os vícios apontados.

A União apresentou resposta aos embargos de declaração, requerendo a rejeição do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006248-35.2019.4.03.6102

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

APELANTE: HPB ENGENHARIA E EQUIPAMENTOS LTDA, HPB SISTEMAS DE ENERGIA LTDA, HPB MONTAGENS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM RIBEIRÃO PRETO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não existe, em qualquer hipótese, as omissões apontados pela embargante, uma vez que a Ementa do AI 849045 AgR-ED/RS, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/09/2017 foi utilizada como complementação ao fundamento da constitucionalidade das contribuições, posto que foi considerado que as limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, vinculando apenas o futuro legislador quando da criação de novas exações, logo houve apreciação da constitucionalidade das exações. Portanto, a Ementa do AI 849045 foi utilizada como mais um elemento a reforçar o fundamento da decisão, demonstrando que não havia nenhuma decisão definitiva de Tribunal Superior sobre a questão, por isso seria decidida de acordo com o entendimento já obtido sobre a matéria.

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 inquinare 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)

Portanto, ao apreciar a matéria concluiu-se que não havia nenhuma inconstitucionalidade da exigência das contribuições para terceiros, objeto da ação, após o advento da emenda constitucional 33/2001, uma vez que as limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, ou seja, foi utilizado a palavra "PODERÃO", fato que foi entendido como um comando destinado ao futuro legislador.

Consequentemente, inexistindo qualquer omissão no Acórdão, torna-se indevido o reexame dos fundamentos do pedido da impetrante, ora apelante.

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.

Desta feita, 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 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.

1. Não existe, em qualquer hipótese, as omissões apontados pela embargante, uma vez que a Ementa do AI 849045 AgR-ED/RS, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/09/2017 foi utilizada como complementação ao fundamento da constitucionalidade das contribuições, posto que foi considerado que as limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, vinculando apenas o futuro legislador quando da criação de novas exações, logo houve apreciação da constitucionalidade das exações. Portanto, a Ementa do AI 849045 foi utilizada como mais um elemento a reforçar o fundamento da decisão, demonstrando que não havia nenhuma decisão definitiva de Tribunal Superior sobre a questão, por isso seria decidida de acordo com o entendimento já obtido sobre a matéria.
2. 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.
3. Ao apreciar a matéria concluiu-se que não havia nenhuma inconstitucionalidade da exigência das contribuições para terceiros, objeto da ação, após o advento da emenda constitucional 33/2001, uma vez que as limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, ou seja, foi utilizado a palavra “PODERÃO”, fato que foi entendido como um comando destinado ao futuro legislador.
4. 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.
5. 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 e nos documentos acostados aos autos, inexistindo no julgado qualquer vício.
6. 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 5019748-44.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: S M PRECO CERTO LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: ALEXANDRE ALVES VIEIRA - SP147382-A, EMANOEL TAVARES COSTA JUNIOR - SP146883

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019748-44.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: S M PRECO CERTO LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: ALEXANDRE ALVES VIEIRA - SP147382-A, EMANOEL TAVARES COSTA JUNIOR - SP146883

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal em face do acórdão id 141455257, cuja ementa restou assim lavrada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS – ICMS – BASE DE CÁLCULO – COFINS – REPERCUSSÃO GERAL – EXCLUSÃO – RECURSO IMPROVIDO.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

2. 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.

3. 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.

4. 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 da COFINS das parcelas referentes ao ICMS, não há que se falar de readequação da base de cálculo do crédito da COFINS.

5. Agravo de instrumento improvido.

A embargante sustenta a “necessidade de sobrestamento do presente feito enquanto não julgado o RE 574.706/PR, impondo ser aplicadas ao feito, além das disposições do artigo 1.040, as dos artigos 1.036, 1.039, todos do CPC, e artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 926, 927, § 3º, do CPC e 27 da Lei nº 9.868/99”.

Sustenta, ainda, existir omissão no acórdão embargado.

Para tanto, alega que o julgado embargado deixou de indicar “os fundamentos do acórdão paradigma que se referia ao capítulo específico do ICMS destacado da nota fiscal”, incorrendo em clara e manifesta “violação ao artigo 1.022, inciso II, e parágrafo único, inciso II, c/c o artigo 489, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil”. Sustenta, ainda, violação dos artigos 11 e 489, II, 10, 141, 490 e 192, todos do CPC, uma vez que “ao longo da tramitação processual a questão relativa ao critério de cálculo a ser utilizado não foi debatida nos autos” e que “não houve discussão sobre qual o ICMS deveria ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS”. Também defende que o acórdão embargado violou os artigos 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, pois “o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS 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”.

Intimada, a parte contrária se manifestou pelo desprovemento dos embargos de declaração.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019748-44.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: S M PRECO CERTO LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: ALEXANDRE ALVES VIEIRA - SP147382-A, EMANOEL TAVARES COSTA JUNIOR - SP146883

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 pedido de sobrestamento do feito até que os embargos de declaração opostos no RE 574.706 foi devidamente enfrentado pelo julgado embargado.

Sendo os embargos de declaração cabíveis tão-somente para suprir omissão, esclarecer a decisão obscura ou eliminar contradição presente na fundamentação ou corrigir o erro material, o pedido não merece, neste momento processual, acolhimento.

O acórdão embargado assim decidiu acerca do direito da embargada de excluir o ICMS destacado das notas fiscais por ela emitidas:

(...)

Importante salientar que 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.

(...)

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

(...)

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Não há que se falar, assim, em omissão no provimento jurisdicional atacado, na medida em que o acórdão embargado foi expresso em enfrentar a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído, reconhecendo 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.

Vê-se que o acórdão embargado não se limitou a invocar o RE 574.706, tendo expressamente apontado seus fundamentos determinantes.

Nas razões recursais da ora embargante, a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído foi amplamente defendida em sentido contrário ao do resultado do julgado, situação que evidencia inexistir violação dos artigos 10, 141, 490 e 492 do CPC.

No mais, em relação à alegação de violação dos artigos 13, §1.º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1.º da Lei 10.637, 2002, o art. 1.º da 10.833, de 2002, art. 2.º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2.º da Lei Complementar nº 70, de 1991, o acórdão embargado foi expresso em apontar que 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.

O acórdão embargado, portanto, é preciso ao reconhecer que a decisão recorrida está em conformidade com o entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 69 da repercussão geral.

Por conseguinte, não há qualquer omissão, obscuridade ou contradição na decisão hostilizada, o que evidencia a intenção da parte embargante de rediscutir o mérito de suas razões recursais veiculadas no recurso de agravo de instrumento, não sendo os embargos de declaração meio processual adequado para tanto.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – REDISCUSSÃO DA QUESTÃO – DESCABIMENTO 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 foi enfrentada, reconhecendo 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.
2. O acórdão embargado não se limitou a invocar o RE 574.706, tendo expressamente apontado seus fundamentos determinantes.
3. Nas razões recursais da ora embargante, a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído foi amplamente defendida em sentido contrário ao do resultado do julgado, situação que evidencia inexistir violação dos artigos 10, 141, 490 e 492 do CPC.

4. Não há qualquer omissão, obscuridade ou contradição na decisão hostilizada, o que evidencia a intenção da parte embargante de rediscutir o mérito de suas razões recursais veiculadas no recurso de agravo de instrumento, não sendo os embargos de declaração meio processual adequado para tanto.
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 opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5006958-46.2019.4.03.6105

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

APELANTE: IBACLEAN CONSTRUCAO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SIDNEI MANUEL BARBOSA IBARRA - SP75533-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5006958-46.2019.4.03.6105

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

APELANTE: IBACLEAN CONSTRUCAO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SIDNEI MANUEL BARBOSA IBARRA - SP75533-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos por UNIÃO FEDERAL nos quais deduz que “ao julgar como fez o v. acórdão ora embargado incorreu em omissão quanto fato de que o disposto no art. 833, V, do CPC não se aplica à pessoa jurídica, mas apenas a profissional pessoa física.”.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DEMONSTRAÇÃO DA UTILIDADE DO BEM NO DESEMPENHO DE SUAS ATIVIDADES. IMPENHORABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O artigo 833 do Código de Processo Civil discorre a relação dos bens absolutamente impenhoráveis:

2. O embargante ante as provas carreadas no feito, em especial id 134200783, utiliza o veículo penhorado (fiat ducato maxicargo) para o desenvolvimento de suas atividades profissionais, restando demonstrado, portanto, o enquadramento do bem no inciso V do dispositivo legal acima citado, qual seja, bem móvel necessário ao exercício do trabalho e/ou profissão.

3. Com relação aos demais bens penhorados, não cumpriu o embargante o seu ônus, devendo a penhora ser mantida.

4. Apelação parcialmente provida.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006958-46.2019.4.03.6105

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

APELANTE: IBACLEAN CONSTRUCAO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SIDNEI MANUEL BARBOSA IBARRA - SP75533-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistem quaisquer vícios a serem sanados, 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: “De fato, o embargante ante as provas carreadas no feito, em especial id 134200783, utiliza o veículo penhorado (fiat ducato maxicargo) para o desenvolvimento de suas atividades profissionais, restando demonstrado, portanto, o enquadramento do bem no inciso V do dispositivo legal acima citado, qual seja, bem móvel necessário ao exercício do trabalho e/ou profissão. Com relação aos demais bens penhorados, não cumpriu o embargante o seu ônus, devendo a penhora ser mantida.”.

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: “De fato, o embargante ante as provas carreadas no feito, em especial id 134200783, utiliza o veículo penhorado (fiat ducato maxicargo) para o desenvolvimento de suas atividades profissionais, restando demonstrado, portanto, o enquadramento do bem no inciso V do dispositivo legal acima citado, qual seja, bem móvel necessário ao exercício do trabalho e/ou profissão. Com relação aos demais bens penhorados, não cumpriu o embargante o seu ônus, devendo a penhora ser mantida.”
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 5019898-25.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: AMANDA NETO SIMOES BRANDAO

Advogado do(a) AGRAVANTE: AMANDA NETO SIMOES BRANDAO - SP248967-A

AGRAVADO: SOCOMINTER SOCIEDADE COMERCIAL INTERNACIONAL LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: JOAO RICARDO JORDAN - SP228094-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019898-25.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: AMANDA NETO SIMOES BRANDAO

Advogado do(a) AGRAVANTE: AMANDA NETO SIMOES BRANDAO - SP248967-A

AGRAVADO: SOCOMINTER SOCIEDADE COMERCIAL INTERNACIONAL LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: JOAO RICARDO JORDAN - SP228094-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal em face do acórdão id 141461673, cuja ementa restou assim lavrada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ICMS – BASE DE CÁLCULO – PIS E COFINS – REPERCUSSÃO GERAL – EXCLUSÃO – RECURSO IMPROVIDO.

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 alinharam 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. 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 do PIS e da COFINS.

4. Agravo de instrumento improvido.

A embargante sustenta a "necessidade de sobrestamento do presente feito enquanto não julgado o RE 574.706/PR, impondo ser aplicadas ao feito, além das disposições do artigo 1.040, as dos artigos 1.036, 1.039, todos do CPC, e artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 926, 927, § 3º, do CPC e 27 da Lei nº 9.868/99".

Sustenta, ainda, existir omissão no acórdão embargado.

Para tanto, alega que o julgado embargado deixou de indicar "os fundamentos do acórdão paradigma que se referia ao capítulo específico do ICMS destacado da nota fiscal", incorrendo em clara e manifesta "violação ao artigo 1.022, inciso II, e parágrafo único, inciso II, c/c o artigo 489, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil". Sustenta, ainda, violação dos artigos 11 e 489, II, 10, 141, 490 e 192, todos do CPC, uma vez que "ao longo da tramitação processual a questão relativa ao critério de cálculo a ser utilizado não foi debatida nos autos" e que "não houve discussão sobre qual o ICMS deveria ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS". Também defende que o acórdão embargado violou os artigos 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, pois "o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS 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".

Intimada, a parte contrária se manifestou pelo desprovinimento dos embargos de declaração.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019898-25.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: AMANDA NETO SIMOES BRANDAO

Advogado do(a) AGRAVANTE: AMANDA NETO SIMOES BRANDAO - SP248967-A

AGRAVADO: SOCOMINTER SOCIEDADE COMERCIAL INTERNACIONAL LTDA

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 pedido de sobrestamento do feito até que os embargos de declaração opostos no RE 574.706 não foi formulado pela agravante em suas razões recursais.

Sendo os embargos de declaração cabíveis tão-somente para suprir omissão, esclarecer a decisão obscura ou eliminar contradição presente na fundamentação ou corrigir o erro material, o pedido não merece, neste momento processual, acolhimento.

O acórdão embargado assim decidiu acerca do direito da embargada de excluir o ICMS destacado das notas fiscais por ela emitidas:

(...)

Importante salientar que 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.

(...)

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dívida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

(...)

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ICMS-ST) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Não há que se falar, assim, em omissão no provimento jurisdicional atacado, na medida em que o acórdão embargado foi expresso em enfrentar a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído, reconhecendo 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.

Vê-se que o acórdão embargado não se limitou a invocar o RE 574.706, tendo expressamente apontado seus fundamentos determinantes.

Nas razões recursais da ora embargante, a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído foi amplamente defendida em sentido contrário ao do resultado do julgado - e da r. decisão agravada -, situação que evidencia inexistir violação dos artigos 10, 141, 490 e 492 do CPC.

No mais, em relação à alegação de violação dos artigos 13, §1.º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1.º da Lei 10.637, 2002, o art. 1.º da 10.833, de 2002, art. 2.º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2.º da Lei Complementar nº 70, de 1991, o acórdão embargado foi expresso em apontar que 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.

O acórdão embargado, portanto, é preciso ao reconhecer que a decisão recorrida está em conformidade com o entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 69 da repercussão geral.

Por conseguinte, não há qualquer omissão, obscuridade ou contradição na decisão hostilizada, o que evidencia a intenção da parte embargante de rediscutir o mérito de suas razões recursais veiculadas no recurso de agravo de instrumento, não sendo os embargos de declaração meio processual adequado para tanto.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – REDISCUSSÃO DA QUESTÃO – DESCABIMENTO EMBARGOS REJEITADOS

1. Inexiste qualquer omissão em relação aos fundamentos do acórdão embargado, que foi expresso em enfrentar a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído, reconhecendo 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.
2. O acórdão embargado não se limitou a invocar o RE 574.706, tendo expressamente apontado seus fundamentos determinantes.
3. Nas razões recursais da ora embargante, a questão acerca da natureza do ICMS a ser excluído foi amplamente defendida em sentido contrário ao do resultado do julgado - e da r. decisão agravada -, situação que evidencia inexistir violação dos artigos 10, 141, 490 e 492 do CPC.
4. Não há qualquer omissão, obscuridade ou contradição na decisão hostilizada, o que evidencia a intenção da parte embargante de rediscutir o mérito de suas razões recursais veiculadas no recurso de agravo de instrumento, não sendo os embargos de declaração meio processual adequado para tanto.
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 opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0011838-56.2016.4.03.0000

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

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: MAXXIMA INSTALACAO DE PORTAS E JANELAS DE MADEIRA LTDA - ME

Advogado do(a) INTERESSADO: FLAVIO SILVA PINTO - SP245625

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0011838-56.2016.4.03.0000

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

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: MAXXIMA INSTALACAO DE PORTAS E JANELAS DE MADEIRA LTDA - ME

Advogado do(a) INTERESSADO: FLAVIO SILVA PINTO - SP245625

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão (fl. 95) que determinou a instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica, determinando a suspensão da execução fiscal nos termos do art. 134, § 3º, CPC.

Nas razões recursais, alegou a agravante UNIÃO FEDERAL que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica é incompatível com o rito das execuções fiscais, principalmente diante da possibilidade de defesa sem prévia garantia do juízo e da suspensão automática do processo, em inobservância, portanto, ao disposto nos artigos 739-A, CPC/73 (art. 919, § 1º, CPC) e artigos 1º e 16, § 1º, Lei nº 6.830/80.

Defendeu a impossibilidade de instauração , de ofício, do referido incidente, que somente pode ser instaurando se requerido pela parte ou pelo Ministério Público.

Sustentou ausência de identidade/equivalência entre o instituto da descon sideração da personalidade jurídica e da responsabilidade tributária, prevista no art. 135, III, CTN.

Requeru a tutela antecipada, de modo que seja dispensada a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, com a imediata apreciação do pedido de redirecionamento do feito.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso.

Indeferiu-se a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

MAXXIMA INSTALAÇÃO DE PORTAS E JANELAS DE MADEIRA LTDA apresentou contraminuta.

A agravante interpôs agravo interno.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0011838-56.2016.4.03.0000

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

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: MAXXIMA INSTALACAO DE PORTAS E JANELAS DE MADEIRA LTDA - ME

Advogado do(a) INTERESSADO: FLAVIO SILVA PINTO - SP245625

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, julgo prejudicado o agravo interno, considerando que o mérito do agravo de instrumento será a seguir apreciado.

No que concerne à instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 e seguintes, CPC, cumpre ressaltar que o Órgão Especial do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região instaurou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 00176109720164030000, na sessão do dia 08.02.2017, de Relatoria do Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Baptista Pereira, tendo sido determinada a suspensão de todos os Incidentes de Desconconsideração da Personalidade Jurídica em trâmite na Justiça Federal da 3ª Região até que se decida sobre a necessidade de sua instauração ou se o redirecionamento da execução para os sócios da empresa executada pode se dar nos próprios autos.

Naqueles autos, determinou o Relator a a suspensão dos Incidentes de Desconconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, mantidos, ademais, os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução.

Destarte, no caso, havendo indícios de dissolução irregular ou da existência de grupo econômico, cabe ao Juízo de origem apreciar o pedido de redirecionamento do feito, verificando os requisitos necessários, com a inclusão dos sócios, se for o caso, oportunizando sua defesa nos próprios autos executivos (exceção de pré-executividade) ou através de embargos à execução.

Nesse sentido:

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REUNIÃO DE PROCESSOS – FACULDADE OUTORGADA AO MAGISTRADO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. ANÁLISE DOS REQUISITOS – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há que se falar em nulidade da decisão, visto que a ausência de pronunciamento específico sobre o pedido de reconhecimento de grupo econômico decorreu da exigência, pelo magistrado, de tratamento isonômico nos processos sob sua jurisdição, bem como da possível necessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica para tanto, tema ainda controverso nos nossos Tribunais. 2. Quanto ao pedido de apensamento, há pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça no RESP 1158766/RJ, sob o regime de recursos repetitivos, no sentido de que “A reunião de diversos processos executivos, pela dicção do art. 28, da LEF, ressoa como uma faculdade do órgão jurisdicional, não se tratando de regra cogente, máxime em face do necessário juízo de conveniência ou não da medida, o que é aferível casuisticamente.” 3. In casu, o d. magistrado indeferiu o pedido de apensamento por entender contraditório em relação ao requerimento, de modo individualizado, da existência de grupo econômico. Tratando-se de faculdade outorgada ao magistrado e devidamente justificada a recusa referente ao pedido formulado, a decisão merece ser mantida. 4. Remanesce interesse recursal à União apesar de o d. magistrado ter consignado, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, que “o indeferimento de reconhecimento de grupo econômico nestes autos decorre do entendimento de que tal grupo econômico já foi reconhecido em outro processo, sendo caso então de extensão dos efeitos, a pedido da exequente, sem prejuízo de inclusão, ou exclusão, de eventual pessoa, física ou jurídica, por questões específicas destes autos.” Constata-se a ausência de pronunciamento expresso sobre os fundamentos ofertados por ocasião do pedido de reconhecimento do grupo econômico. 5. Compartilho do entendimento de ser dispensável a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica para aferição de responsabilidade tributária quando se trata de cobrança de dívida de natureza tributária, ainda que vise ao reconhecimento de grupo econômico, cabendo ao magistrado analisar o pedido diretamente na execução fiscal. 6. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. 7. Parcial provimento do agravo de instrumento. (TRF 3ª Região, AI 5003445-52.2019.4.03.000, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, Terceira Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/10/2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA TRIBUTÁRIA. REDIRECIONAMENTO. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. RECURSO DA UNIÃO PROVIDO. 1. Para que o sócio seja responsabilizado pela dívida da empresa executada, conforme o inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional, deve ser comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, ou ainda a hipótese de dissolução irregular; nos termos da Súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Consolidada a jurisprudência desta Turma no sentido de que, constatadas as hipóteses previstas no dispositivo legal supracitado, é possível o redirecionamento do feito executivo, sem a necessidade de contraditório prévio, que será exercido posteriormente, através de exceção de pré-executividade ou de embargos do devedor. Precedentes. 3. Na hipótese, a causa de responsabilidade que motivou o pedido de redirecionamento foi verificada no curso do processo executivo, conforme alega a União, de modo que não haveria como se exigir prévia averiguação administrativa em relação ao sócio. Contudo, as questões acerca da efetiva ocorrência de dissolução irregular da empresa e da possibilidade de responsabilização do sócio indicado pela agravante não foram objeto do decisum recorrido, o que inviabiliza o seu enfrentamento diretamente pelo Tribunal, sob pena de supressão de instância. 4 Agravo provido. (TRF 3ª Região, AI 5014316-78.2018.4.03.0000, Rel. Min. Nilton dos Santos, Terceira Turma, Intimação via sistema DATA: 12/03/2020)

Logo, dispensada a instauração do aludido incidente, cabe ao Juízo *a quo* verificar as demais circunstâncias e requisitos autorizadores da inclusão do(s) sócio(s) no polo passivo da execução fiscal.

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o agravo regimental e **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO –EXECUÇÃO FISCAL – DÍVIDA TRIBUTÁRIA – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ART. 133, CPC – DEFESA NOS PRÓPRIOS AUTOS EXECUTIVOS OU NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IRDR – RECURSO PROVIDO.

1. Prejudicado o agravo regimental, considerando que o mérito do agravo de instrumento será a seguir apreciado.

2. No que concerne à instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 e seguintes, CPC, cumpre ressaltar que o Órgão Especial do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região instaurou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 00176109720164030000, na sessão do dia 08.02.2017, de Relatoria do Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Baptista Pereira, tendo sido determinada a suspensão de todos os Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em trâmite na Justiça Federal da 3ª Região até que se decida sobre a necessidade de sua instauração ou se o redirecionamento da execução para os sócios da empresa executada pode se dar nos próprios autos.

3. Naqueles autos, determinou o Relator a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, mantidos, ademais, os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução.

4. No caso, havendo indícios de dissolução irregular ou da existência de grupo econômico, cabe ao Juízo de origem apreciar o pedido de redirecionamento do feito, verificando os requisitos necessários, com a inclusão dos sócios, se for o caso, oportunizando sua defesa nos próprios autos executivos (exceção de pré-executividade) ou através de embargos à execução. Precedentes.

5. Agravo regimental prejudicado e agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental e 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 5010305-47.2019.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: EDILSON PAULO FIGUEIREDO DE JESUS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROBERTO GOMES MONTEIRO JUNIOR - SP373111-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 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 e m 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 04/10/2018 (ID 147758650), sem provas nos autos de que tenha sido 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002663-32.2020.4.03.6104

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

PARTE AUTORA: SARAH CRISTINA ROCHA SANTOS, CELIA ROCHA SANTOS

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança deferido para garantir apreciação de pedido administrativo de concessão de benefício assistencial à pessoa com deficiência.

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 e 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 30/09/2019 (ID 147747788) e somente analisado em 11/12/2020 (ID 149452728), 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199)Nº 5002663-32.2020.4.03.6104

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

PARTE AUTORA: SARAH CRISTINA ROCHA SANTOS, CELIA ROCHA SANTOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCUS ANTONIO COELHO - SP191005-A

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCUS ANTONIO COELHO - SP191005-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 assistencial à pessoa com deficiência.

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 e m 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, ensaja 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 30/09/2019 (ID 147747788) e somente analisado em 11/12/2020 (ID 149452728), 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5019160-49.2018.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: MARIA APARECIDA GIACOMAZO GUIARDI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DAVID AIRES LESTE - RJ188274-A

PARTE RE: CHEFE DA AGENCIA DA PREVIDENCIA SOCIAL DE ITAQUERA, 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 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. 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 18/07/2018 (ID 134797449) e somente analisado em 07/12/2018 (ID 134797471), após 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

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 impetrante opôs embargos de declaração em 07/12/2018 (ID 147362197), sendo a sua apreciação informada somente em 06/11/2020 (ID 147362218), 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199)Nº 5002684-49.2019.4.03.6134

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

PARTE AUTORA: SERGIO ANDRE DE SIQUEIRA MELO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOSE REIS DE SOUZA - SP275159-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGÊNCIA DO INSS EM LIMEIRA

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 e m 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 de 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 21/11/2018 (ID 135447594) e somente encaminhado para julgamento em 14/04/2020 (ID 135447617), após 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0043226-55.2013.4.03.9999

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

APELANTE: MANOEL FERAZ DO VALLE FILHO

Advogado do(a) APELANTE: FABIANO RAVAGNANI JUNIOR - SP52266

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

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA ALVES DE FARIA - SP246478-N

DESPACHO

À vista do certificado pela Subsecretaria (ID num [132162476](#)), por constatar a alegada irregularidade de intimação da parte apelante acerca do teor da v. acórdão prolatado, torno sem efeito a certidão de trânsito em julgado aposta à f.359 (autos físicos), e determino a sua republicação.

Cumpra-se.

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

jlacruz

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034051-29.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: COMPNET TECNOLOGIA - EIRELI

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS HENRIQUE SANTANA - MS11705-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

Fica(m) a(s) parte(s) ciente(s) da publicação da r. Decisão de ID nº 150148757.

São Paulo, 23 de dezembro de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5000413-54.2020.4.03.6127

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

PARTE AUTORA: OSMAR DE SOUZA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCOS PAULO SCHINOR BIANCHI - SP341065-N
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 e 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 recurso administrativo encontrava-se paralisado desde 25/07/2019 (ID 146157407) e foi encaminhado para julgamento somente em 19/06/2020 (ID 146157426), 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

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 e m 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, após o deferimento do benefício por decisão administrativa colegiada, o processo foi encaminhado à Seção de Reconhecimento de Direitos em 14/08/2019 (ID 146664480, f. 12), sendo o benefício implementado apenas em 02/09/2020 (ID 146664597), 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003300-50.2020.4.03.6114

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

PARTE AUTORA: ESPEDITO ISIDIO DE LIMA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JORGE AUGUSTO GUARCHE MATANO - SP135387-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DA GERÊNCIA EXECUTIVA DO INSS EM SÃO BERNARDO DO CAMPO

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança deferido para garantir o cumprimento de acórdão em processo administrativo de concessão de aposentadoria especial.

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 e 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, após o deferimento do benefício por decisão administrativa colegiada, o processo foi encaminhado à Seção de Reconhecimento de Direitos em 04/12/2019 (ID 148776506), sendo o benefício implementado apenas em 20/07/2020 (ID 148776527), após a impetração do mandado de 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003208-59.2020.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: JOSE ROBERTO GOMES DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: HAYDEE MARIA GALVAO MELLO DE OLIVEIRA - SP94111-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 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 19/03/2019 (ID 148680743) e somente movimentado após 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, 22 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034010-62.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: ADEZAN INDUSTRIA DE EMBALAGENS E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO MANSO IMPARATO - SP283750-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ADEZAN INDUSTRIA DE EMBALAGENS E SERVIÇOS LTDA. contra decisão que indeferiu o pedido liminar formulado em mandado de segurança, em que se requereu seja afastada a aplicação do artigo 3º da Portaria ALF/STS nº 171, de 20 de outubro de 2020, querendo permanecer habilitada com *status* de Recinto de Depósito Especial de Exportação.

Alegam os agravantes, em síntese, que os critérios estabelecidos pela portaria, que impõem um mínimo de despachos anuais, devem ser afastados, porque a imposição é desproporcional, até mesmo em razão da crise global derivada da pandemia em curso. Pede a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

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.

Posto isto, anote-se que, nos termos do parágrafo único do artigo 995 do Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Em sede de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores à concessão do efeito suspensivo postulado.

É que não obstante os argumentos do agravante acerca do direito invocado, fato é que os documentos apresentados, em sede de cognição preliminar, não trazem elementos suficientes para a conclusão sobre a necessidade de reforma da decisão agravada.

Com efeito, nos termos da bem lançada decisão recorrida, simplesmente afastar a Portaria em face da qual se insurge o recorrente resultaria em invasão do Poder Judiciária sobre a esfera discricionária da Administração Pública, a quem cabe determinar os parâmetros mínimos de demanda por despachos de exportação no recinto habilitado como REDEX. De igual maneira, “*cabe ao Chefe de cada unidade aduaneira a definição dos parâmetros mínimos de demanda que justifiquem a adoção, tendo em vista as especificidades da região e a disponibilidade de recursos humanos da unidade*”.

Ademais, nos termos das informações prestadas pela autoridade coatora e, ao contrário do que sustenta o recorrente, a alteração da demanda mínima por despachos de exportação não se deu no ano de 2020, durante a pandemia COVID-19, mas sim em 01/10/2018 (Portaria ALF/STS nº 196, de 2018), embora tenha havido concessão de carência para cumprimento desse requisito até 31/12/2019.

Nesse sentido, encerrada a carência a que se refere o art. 12, I, da Portaria ALF/STS nº 196, de 2018, a Impetrante já deveria cumprir com a demanda mínima por despachos de exportação desde o início de 2020, antes, portanto, da malfadada pandemia.

Daí porque a Portaria ALF/STS nº 171, de 2020, não trouxe alteração dos mínimos por despachos de exportação durante o curso da pandemia, como defende a recorrente.

O próprio *periculum in mora*, em verdade, afigura-se questionável, visto que se trata de questão que se prolonga desde 2018, inexistindo no feito qualquer demonstração da repentina urgência alegada pelo recorrente.

Nesse sentido, *prima facie*, verifico que as alegações e documentos que sustentam o recurso não justificam o deferimento da medida pleiteada.

Ante o exposto, **indefiro a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso.**

Após o recesso, 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, inclusive em relação às custas.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009062-20.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: FORTESPLASTIC INDUSTRIA COMERCIO DE EMBALAGENS PLASTICAS LTDA - ME

Advogados do(a) APELANTE: EDSON SANTOS DE OLIVEIRA - SP342972-A, FABRICIO MARTINS PEREIRA - SP128210-A, ISABELLA LAGARES COLTRI - SP391984-A, JULIO CESAR DA SILVA BRONHARA - SP416785-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Retifique-se a autuação para constar como apelante: FORTESPLASTIC INDUSTRIA DE EMBALAGENS PLASTICAS EIRELI.

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, caput, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033934-38.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: LITORAL MED SERVICOS MEDICOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO GONZAGA OLIVEIRA DE NATAL - SP138152-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LITORAL MED SERVIÇOS MÉDICOS LTDA., em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar objetivando a suspensão da inclusão do ISSQN sobre a base de cálculo do COFINS e da contribuição ao PIS

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. Requer a antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

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

É o caso dos autos.

Na hipótese, discute-se a exclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

A tese de repercussão geral fixada foi a de que "*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*".

Anote-se que a recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

Demonstrado o *fumus boni iuris*, verifico a presença do *periculum in mora*, já que, sem a decisão judicial pretendida, a agravante sofre o risco de cobrança indevida, inclusive com inscrição de valores em dívida ativa, além de se submeter à estreita e demorada via da repetição do indébito.

Ante o exposto, **defiro a antecipação da tutela recursal**, 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, 22 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033531-69.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: PREMA TECNOLOGIA E COMERCIO LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: MICHELALVES PINTO NOGUEIRA MELGUINHA - SP311140-A

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

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PREMA TECNOLOGIA E COMÉRCIO LTDA. em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a medida liminar objetivando a suspensão dos efeitos do auto de infração nº 5983B6OZ, do Termo de Apreensão nº 5ZCXOQRR e do Termo de Depósito nº XV0423QU, para liberar as madeiras apreendidas.

Alega a agravante, em síntese, que autuação é fundamentada na indevida alegação de que a recorrente teria vendido, transportado e guardado madeira nativa em dormentes sem licença válida para todo tempo de viagem e armazenamento (DOF exportação). Requer a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser 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.

Trata-se, na origem, de mandado de segurança, em que a agravante requer a declaração de nulidade dos atos coatores praticados pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis - IBAMA, do Termo de Apreensão nº 5ZCXOQRR, bem como do Termo de Depósito nº XV0423QU, e por fim, do próprio Auto de Infração nº 5983B6OZ, ante a inexistência de conduta infratora, por estar a exportação das madeiras inequivocamente respaldada por licenças válidas (DOF's exportação).

Conforme informação do agravado, referida autuação ocorreu em virtude do produto florestal apresentado e descrito em Nota Fiscal (dormente), divergir do que foi declarado no DOF (pranchão desmembrado), o que compromete a validade do próprio DOF - já que a licença (DOF) está sendo utilizada em desacordo como previsto na legislação, caracterizando conduta infracional e sujeitando o infrator a penalidades.

Sustenta a agravante que, pela nomenclatura dada pela legislação nacional, estão corretas as certidões válidas, que constaram como "pranchão", havendo divergência de nomenclatura apenas com a descrição contida nas invoices/NFs requeridas pelo comprador venezuelano. E foi essa inconsistência que gerou o auto de infração e termos de apreensão e depósito.

Posto isto, anoto que, de início, em juízo de cognição sumária, insito do agravo de instrumento, não se afigura adequada a suspensão da r. decisão agravada e dos efeitos da autuação.

Diante da presunção de legitimidade dos atos administrativos, não verifico máculas na instauração do procedimento, eis que a agravante não se desincumbiu do ônus de comprovar suas alegações e o acervo probatório colacionado é insuficiente para reformar a decisão do juízo *a quo*.

Realmente, na hipótese, o objetivo da agravante era o de exportação de madeira para a Venezuela para a construção de ponte ferroviária. Após a fiscalização realizada pelo IBAMA, foi impedido o embarque da mercadoria no navio e sua exportação.

A Instrução Normativa nº 21/2014, do Ministério do Meio Ambiente, instituiu o Sistema Nacional de Controle da Origem dos Produtos Florestais – Sinaflor, em observância ao disposto no art. 35 da Lei nº 12.651, de 2012, com a finalidade de controlar a origem da madeira, do carvão e de outros produtos e subprodutos florestais e integrar os respectivos dados dos diferentes entes federativos.

Referida instrução definiu, ainda, que "Para o produto florestal de origem nativa objeto de operações de comércio exterior, será obrigatoriamente emitido DOF específico para essa finalidade, denominado DOF de Exportação ou de Importação, respectivamente, para o acobertamento de transporte realizado até o terminal alfandegado de internacionalização da carga ou a partir do ponto de nacionalização." Sobre o DOF, dispõe o art. 48:

Art. 48. O Documento de Origem Florestal será considerado inválido para todos os efeitos quando forem verificadas quaisquer das situações abaixo, entre outras, durante o transporte:

I - quantidade/volume ou espécie de produto transportado diferente do autorizado/declarado,

quando excedidos os limites previstos no § 2º do art. 41 e no art. 53 (Redação dada pela

Instrução Normativa no 9, de 12/12/2016);

II - utilização de percurso diferente do autorizado/declarado;

III - transporte realizado em veículo(s) diferente(s) do autorizado/declarado;

IV - cancelado ou fora do prazo de validade;

V - apresentação do produto diferente do autorizado/declarado, observadas as definições do Anexo III desta Instrução Normativa;

VI - rasura, omissão ou inconsistência em quaisquer de seus campos.

VII - origem do produto diferente do endereço informado no documento de transporte. (Incluído com contribuição da Dipro/Ibama) (Redação dada pela Instrução Normativa no 9, de 12/12/2016)

Parágrafo único. A divergência entre quaisquer informações do DO F e do documento fiscal, e destes com a carga transportada, também sujeita os infratores às sanções previstas na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e no Decreto no 6.514, de 22 de julho de 2008 (grifei).

Resta, nesse sentido, caracterizada a relevância da fiscalização para que a externalização da mercadoria do país observe as normas legais e infralegais do direito aduaneiro, garantindo-se a proteção das fronteiras, a regularidade do comércio e o trânsito das pessoas.

Esclarecidos tais aspectos, cabe evidenciar que, em sede de cognição preliminar, é legítimo o procedimento adotado no caso pela autoridade agravada, considerando que a mercadoria sairá do país e que cabe a ela empreender a fiscalização da regularidade da exportação.

Por fim, cumpre enfatizar que ao Poder Judiciário cabe o controle do ato administrativo apenas e tão-somente no que concerne aos aspectos da legalidade, não podendo interferir nas razões administrativas de decidir quando pautadas pela estrita legalidade e o ato esteja revestido de todos os pressupostos de validade, como é o caso dos autos, em que a decisão contrastada não se mostra ilegal ou abusiva, verificando-se que se encontra bem fundamentada e motivada.

Neste sentido:

AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MPF. DOCUMENTO DE ORIGEM FLORESTAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSIFICADOS. SISTEMA-DOF. GERÊNCIA DOS DADOS DE RESPONSABILIDADE DO IBAMA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO PROVIDO. (...)

6. A licença requerida para o transporte e o armazenamento de madeira, lenha, carvão e outros produtos florestais é o Documento de Origem Florestal (DOF), instituído em 2006 pela Portaria nº 253 do Ministério do Meio Ambiente.

7. O IBAMA, como responsável pela administração do Sistema-DOF, possui o dever jurídico de fiscalizar os dados inseridos, zelando pela veracidade das informações ali contidas. Isso porque como o DOF possui a natureza jurídica de licença, ostenta os atributos de presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos.

8. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO, 5007132-37.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 30/06/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 06/07/2020-grifei)

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, **indefero o efeito suspensivo**, 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, 22 de dezembro de 2020.

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: EVONIK DEGUSSA BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: MARUAN ABULASAN JUNIOR - SP173421-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** do recurso, faço abertura de vista para que o, ora agravado (**EVONIK DEGUSSA BRASIL LTDA.**), querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000893-74.2020.4.03.6113

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: VAMOS MAQUINAS E EQUIPAMENTOS S.A

Advogados do(a) APELANTE: ADALBERTO CALIL - SP36250-A, LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, tendo em vista a **tempestividade** dos embargos de declaração de id [148554323](#), faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (VAMOS MAQUINAS E EQUIPAMENTOS S.A), 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, 22 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018622-69.2009.4.03.9999

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: ILDO RODRIGUES PIMENTA

Advogado do(a) APELANTE: HUGO ANDRADE COSSI - SP110521-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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 [148540327](#) -, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**ILDO RODRIGUES PIMENTA**), 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, 22 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5033993-26.2020.4.03.0000

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

IMPETRANTE: JONATHAN PICONCELLI NEIDERT, LORENA PEREIRA LIMA

PACIENTE: GUILHERME AUGUSTO FERREIRA

Advogados do(a) PACIENTE: JONATHAN PICONCELLI NEIDERT - SC59617, LORENA PEREIRA LIMA - MT27769/O

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 2ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GUILHERME AUGUSTO FERREIRA, contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, que decretou prisão temporária em seu desfavor.

Afirmam os impetrantes que o paciente se encontra preso no Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí, Estado de Santa Catarina, após o cumprimento de mandado de prisão temporária expedido nos autos de n.º 5006009-51.2020.4.03.6181, decorrente de decisão proferida pela 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo – SP.

Alegam que, após tomar ciência do processo investigatório em seu desfavor, o paciente teria se manifestado, prestando esclarecimentos, colocando-se à disposição das autoridades e informando seus telefones para contato.

Alegam os impetrantes, em síntese:

- (i) ofensa ao rol taxativo previsto no art. 1º da Lei da prisão temporária, pois não teriam sido preenchidos os requisitos para sua decretação;
- (ii) a ilegalidade da decisão que decretou a prisão temporária, em razão de ter sido proferida mais de 24 horas após a representação da autoridade policial, em clara ofensa ao art. 2º, parágrafo 2º, da lei de prisão temporária;
- (iii) em razão da ausência de sala de Estado Maior na localidade em que o paciente se encontra (prerrogativa dos membros da advocacia), entendem que a prisão temporária deve ser convertida em prisão domiciliar;
- (iv) ausência de comprovação do tipo penal de obstrução;
- (v) decretação da temporária sem demonstração da continuidade das investigações, pois que já foram realizadas todas as buscas, inclusive pegando todas informações (celular, notebook e etc) do paciente.

Por fim, postulam a concessão de liminar, para que seja determinada a revogação da prisão temporária, e, subsidiariamente, pleiteiam a conversão da temporária em domiciliar, por ausência de sala de Estado Maior, ainda que mediante a imposição de medidas cautelares. Ao final, postulam a concessão da ordem.

A impetração deu-se através do sistema PJe, tendo o impetrante acionado o plantão judiciário por meio telefônico, como previsto no § 1º do art. 23-C da Resolução PRES nº 88, de 24 de janeiro de 2017.

Em plantão de sobreaviso de 20/12/2020, o e. Des. Fed. Nelson Porfírio Júnior, proferiu despacho (ID 150030124), requisitando informações ao Juízo da Vara Federal Criminal de plantão, que proferiu decisão em audiência de custódia, mantendo a prisão temporária decretada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de São Paulo.

Foram juntadas as informações prestadas pelo Juízo plantonista (ID 150030788).

Através da petição ID 150094078, os impetrantes solicitaram urgência na apreciação do pedido liminar.

É o relatório.

Decido.

Neste *writ*, os imperantes apontam ilegalidade decorrente da decretação da prisão temporária de Guilherme Augusto Ferreira, por cinco dias, pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP. Eis a decisão ora atacada:

“Com efeito, até o presente momento, baseado nas informações obtidas, a investigação logrou verificar os seguintes fatos: a) O investigado Guilherme é advogado e possui ligações estreitas com pessoas envolvidas com o tráfico de ilícito de drogas, e considerando o seu alto padrão de vida econômica, haveria razoável suspeita de branqueamento do dinheiro por meio de honorários advocatícios, compra de imóveis, abertura de uma construtora, etc.; b) João Francisco Ferreira Filho e Paula Regina Ferreira, ambos policiais militares e irmãos de Guilherme, comprovadamente acessaram diversas vezes as informações sigilosas ou privilegiadas extraídas do acesso ao banco de dados da Polícia Militar de Santa Catarina, muito provavelmente a mando ou associação com Guilherme; c) O investigado Guilherme descobriu ser alvo de investigação e monitoramento pela Polícia Federal de Itajaí e lavrou boletim de ocorrência alegando ser vítima de constrangimento ilegal e/ou ameaça por parte dos policiais federais e, ainda, quiçá por influência dos irmãos policiais, obteve rápido e pronto atendimento dos policiais militares na abordagem dos federais; d) O investigado Guilherme peticionou comunicando ao Juízo haver por parte da Polícia Federal o desrespeito às suas prerrogativas, abuso nos atos de investigação da PF de Itajaí/SC, noticiando a prática de crime de Abuso de Autoridade.

I- DA PRISÃO TEMPORÁRIA Representa autoridade policial pela decretação da prisão temporária dos investigados Guilherme Augusto Ferreira, João Francisco Ferreira Filho e Paula Regina Ferreira, ao argumento de que o encarceramento teria o condão de assegurar que os investigados não possam frustrar as diligências da PF, coajam testemunhas, ou continuam operando com informações privilegiadas vindas do exercício da atividade policial, garantindo, assim, um resultado útil às investigações.

[...] Da análise conjugada dos incisos supra, depreende-se que a decretação da prisão temporária exige a presença do *fumus commissi delicti*, na forma preconizada pelo inciso III, associada à imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos suficientes ao esclarecimento de sua identidade. Quanto ao *periculum libertatis*, entendo haver elementos suficientes para justificar o decreto prisional, pois foram trazidos pela autoridade policial fatos concretos, os quais revelam diversas condutas dos investigados em associação, capazes de frustrar ou, ao menos, impor obstáculos às investigações das autoridades públicas.

[...] No tocante ao alegado acesso indevido aos sistemas da PMSC, verifico que há robusta prova do uso de logins e senhas por João Francisco e Paula Regina ao promoverem pesquisas de nomes de pessoas envolvidas com o tráfico, efetuadas fora do horário de expediente, em locais estranhos ao ambiente policial e sem qualquer relação com as investigações da Polícia Militar; INCLUSIVE A PARTIR DA SEDE DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DE GUILHERME.

[...] É digno de nota o print do aparelho celular obtido pelo serviço de inteligência da PF, onde a investigada Paula solicita a verificação da placa de carro utilizado pela Polícia Federal nas investigações da OCRIM.

[...] Consta, ademais, que Paula teria efetuado pesquisas de placas de viaturas da Polícia Federal (não ostensivas) em flagrante conduta de contrainteligência sobre a investigação da Polícia Federal, ou pelo menos, com violação do devido sigilo funcional.

Cabe destacar que as condutas dos investigados, em tese, sugerem impedir a investigação da Polícia Federal de repressão ao tráfico, notadamente sob o ponto de vista financeiro, uma vez que a autoridade policial relata razoáveis indícios de lavagem de dinheiro (SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZAS) por meio da compra de imóveis, carros de luxo. Com efeito, a revelar SIGNIFICATIVA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DO INVESTIGADO GUILHERME. Foi apurado que Alex Rodrigues da Silva, Susana de Santis Bonatt e Letysabel Mattos do Couto, traficantes presos em flagrante pela PF na posse de quase uma tonelada de cocaína em 2018, cujos nomes foram objeto de pesquisas (IPL 516/18- DPF/IJ/SC) possuem relacionamento social rotineiro com os investigados. Esta última, inclusive, foi avistada e fotografada pela PF em várias ocasiões na condução de um veículo de propriedade do investigado, P.M. João Francisco. Portanto, não há como negar que as estreitas relações de Guilherme com as pessoas envolvidas no tráfico ilícito de drogas ultrapassam as relações profissionais advogado/cliente, assim como, injustificáveis sob qualquer ponto de vista o repasse das informações sigilosas por parte de seus 02 irmãos. Fazendo-se uma valoração superficial sobre os elementos probatórios apresentados pela autoridade policial, é possível verificar a presença de indícios dos crimes de obstrução de investigação penal sobre organização criminosa (parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei nº 12.850/13), violação de sigilo funcional (art. 325, do Código Penal) em conexão com o crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98), este último já em apuração no IPL nº 5004098-41.2020.4.03.6104.

O Delegado de Polícia Federal assinala que esses três investigados ocupam posição de destaque na organização criminosa, sendo imprescindível a prisão temporária para que não combinem versões entre eles e os demais investigados e não atuem de modo a destruir provas. A medida que ora se representa possui a finalidade de assegurar que os investigados não interfiram ou obstem a colheita de provas pela autoridade policial, garantindo, assim, um resultado útil às investigações. Portanto, a prisão temporária não se presta unicamente à colheita de depoimento dos investigados, pois estes podem permanecer em silêncio tanto nesta fase inquisitorial, como em eventual fase processual. A representação relata que após a descoberta da operação pelos membros da OCRIM foi apurado a paralização das suas atividades. Com efeito, houve o abandono dos rotineiros encontros, troca de veículos, e até o desfazimento de aparelhos celulares. Evidentemente não é pelo fato de prestar algum tipo de assessoria, de aconselhamento, ou de realizar atos de natureza profissional a favor de pessoas envolvidas em atos ilícitos, por si só, justificativa às medidas em comento. Requer-se, a demonstração de indícios suficientes de envolvimento em esquema criminoso a fim de legitimar a determinação de medidas tendentes à obtenção de prova cautelara. Contudo, há indícios veementes que apontam para a participação dos investigados em crimes de lavagem de dinheiro, obstrução de investigação penal sobre organização criminosa em concurso com violação de sigilo funcional, todos em conexão com o tráfico de drogas. De modo que estaria preenchidos os requisitos legais para o encarceramento temporário.

Cabe registrar que o próprio investigado Guilherme reconhece que atua como advogado de pessoas envolvidas com o tráfico ilícito de drogas (petição ID 42584218). A abordagem premeditada aos federais, ocorreu sob o insustentável argumento de risco pessoal, haja vista que o próprio investigado Guilherme sabia da vigilância, sendo certo que a lavratura de boletins de ocorrência, visava à induzir a ideia de vítimas ou mesmo intimidar os atos de perseguição.

A representação está respaldada em indícios aptos a demonstrar a necessidade de medidas para o aprofundamento das investigações, e evitar possam os investigados atuar de modo a obstruir a colheita de provas pela autoridade policial ou impedir concretamente a investigação uma vez que: DEFIRO, assim, os pedidos de prisão temporária, nos termos da fundamentação supra, observados os parâmetros exarados ao final desta decisão”.

A prisão temporária é uma das modalidades de prisão cautelara, regulada pela Lei nº 7.960/89, e tem como objetivo assegurar a eficiência da investigação policial, conforme se depreende do art. 1º da referida Lei, *verbis*:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Ademais, nos termos do art. 2º, a prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade

O exame dos autos revela que a prisão temporária do paciente foi decretada mediante decisão fundamentada, com base nos elementos colhidos pela autoridade policial, que evidenciam fundadas razões da participação do paciente nos crimes de lavagem de dinheiro, obstrução de investigação penal sobre organização criminosa em concurso com violação de sigilo funcional, todos em conexão com o tráfico de drogas.

Os indícios de participação do paciente nos crimes acima apontados decorrem da existência de fortes vínculos de Guilherme com pessoas investigadas no bojo da Operação "Alba Vírus" por suposta prática de crimes de tráfico de drogas, e do fato de que o paciente teria apresentado sinais exteriores de riqueza e evolução patrimonial aparentemente incompatível com sua situação econômica, havendo fundada suspeita de prática de lavagem de dinheiro através de honorários advocatícios, compra de imóveis e carros de luxo e, ainda, abertura de uma construtora.

Outrossim, conforme fez constar a autoridade impetrada, o paciente, em concurso com seus irmãos, que são policiais militares e também investigados no inquérito policial originário, teria realizado atividades de contravigilância, em tese, com o objetivo de interferir nas diligências policiais realizadas no inquérito policial. A representação policial aponta que efetivamente houve uma obstrução da atividade investigativa no dia 21/05/2020, quando dois policiais federais realizavam vigilância velada sobre alvos do inquérito policial, momento em que foram abordados, acarretando prejuízo à essa diligência.

Depreende-se, ainda, que foram identificados diversos acessos indevidos ao banco de dados da Polícia Militar de Santa Catarina, mediante a utilização de login e senha pessoal, fora do horário regular de expediente e em locais estranhos à repartição, inclusive no escritório profissional do paciente Guilherme. De acordo com a representação, os investigados teriam consultado placas de viaturas utilizadas pela Polícia Federal a cargo das investigações, além de nomes de pessoas envolvidas na operação Alba Vírus.

Diante desses elementos, observo que a prisão temporária revelou-se imprescindível para assegurar a eficiência da investigação policial, diante da possibilidade concreta de interferência nas investigações. Assim, em uma análise perfunctória, reputo preenchidos os requisitos necessários para a decretação da prisão temporária.

Outrossim, a não observância do prazo de vinte e quatro horas previsto no artigo 2º, parágrafo 2º da Lei nº 7.960/89 não é capaz, por si só, de ensejar a soltura do paciente. Referido prazo não possui a característica de fatalidade, além do que não acarretou prejuízo ao investigado, não se verificando ilegalidade decorrente do alegado excesso de prazo.

Por derradeiro, o pedido liminar comporta deferimento parcial, a fim de que o paciente, que é advogado inscrito na OAB/SC sob o n. 44.926, seja recolhido em sala de Estado Maior ou em local compatível com esse conceito, nos termos do art. inciso V do art. 7º do Estatuto da Advocacia, sendo que, caso não exista na localidade sala com as características de Estado Maior, deverá ser deferida a prisão domiciliar.

Nesse sentido:

RECLAMAÇÃO. ADOGADO. PRERROGATIVA PROFISSIONAL DE RECOLHIMENTO EM SALA DE ESTADO MAIOR. AFRONTA AO DECIDIDO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.127. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127, este Supremo Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 7º, inc. V, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), declarando, apenas, a inconstitucionalidade da expressão "assim reconhecidas pela OAB". 2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que há de ser deferida a prisão domiciliar aos advogados onde não exista na localidade sala com as características daquela prevista no art. 7º, inc. V, da Lei n. 8.906/94, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente.

(STF. Rel 5212. Ministra Carmen Lucia, Plenário, 27.03.2008).

Pelo exposto, defiro parcialmente o pedido liminar para que o paciente Guilherme Augusto Ferreira seja transferido para sala de Estado Maior ou para local compatível com esse conceito, nos termos do art. inciso V do art. 7º do Estatuto da Advocacia, sendo que, caso não exista na localidade sala com as características de Estado Maior, fica desde já deferida a prisão domiciliar.

P.I

Após, encaminhem-se os autos ao Gabinete do Desembargador Federal Relator.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5033991-56.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: PAULA REGINA FERREIRA, JOAO FRANCISCO FERREIRA FILHO
IMPETRANTE: KAIO RODRIGO BERNARDES BORDERES

Advogado do(a) PACIENTE: KAIO RODRIGO BERNARDES BORDERES - SC30719
Advogado do(a) PACIENTE: KAIO RODRIGO BERNARDES BORDERES - SC30719

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 2ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de PAULA REGINA FERREIRA E JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO, em que se requer, liminarmente, o reconhecimento de nulidade da audiência de custódia e a revogação da prisão temporária decretada em seu desfavor nos autos nº 5006009-51.2020.4.03.6181, com a expedição dos respectivos alvarás de soltura, com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Subsidiariamente, em relação a PAULA REGINA FERREIRA, pugna pelo deferimento da prisão domiciliar. E, no mérito, a concessão definitiva da ordem.

Segundo consta, em 17.12.2020, nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico nº 5006009-51.2020.4.03.6181, o MM. Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP decretou as prisões temporárias de PAULA REGINA FERREIRA, JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO e Guilherme Augusto Ferreira, pelo prazo de 05 (cinco) dias, no interesse das apurações conduzidas no inquérito policial nº 5004098-41.2020.403.6104 (Operação Policial ALBA VÍRUS), após representação policial (ID 150026284, fls. 09/40 e 201/214).

Os mandados de prisão temporária foram cumpridos em 18.12.2020 (ID 150026284, fls. 197/199).

A audiência de custódia foi realizada em 19.12.2020, por meio do aplicativo Microsoft TEAMS (ID 150026284, fls. 250/252).

Na mesma data, o MM. Juízo da Vara Federal Criminal plantonista de São Paulo/SP indeferiu os pleitos defensivos de revogação das prisões temporárias e substituição da prisão de PAULA REGINA FERREIRA por prisão domiciliar (ID 150026284, fls. 263/266).

Impetrado este *habeas corpus*, em 20.12.2020, o Excelentíssimo Desembargador Federal Nelson Porfírio Júnior, em plantão judiciário de sobreaviso, requisitou informações, bem como determinou fosse dada vista imediata ao Ministério Público Federal (ID 150029662).

A autoridade impetrada prestou informações sob o ID 150030360.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria, às 18:55h, do dia 21/12/2020.

Parecer da Procuradoria Regional da República, opinando pela denegação da ordem, juntado às 09:21h, do dia 22/12/2020.

É o relatório.

Decido.

Neste *writ*, os imperantes apontam ilegalidade decorrente da decretação da prisão temporária dos pacientes, por cinco dias, pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP. Eis a decisão ora atacada:

“Preliminarmente, cabe fixar como premissa, que o deferimento das medidas cautelares criminais é de natureza excepcional (STF. AG. REG no HC Ag. RHC nº 133244-SP – DJe 08/04/16 – Rel. Min. Gilmar Mendes), eis que incidem sobre as liberdades públicas e afetam a privacidade das pessoas, tuteladas pelo ordenamento constitucional, cuja decretação só pode ser legítima, caso constitua medida comprovadamente adequada e necessária ao acautelamento da fase pré-processual, não servindo para tanto a mera suposição de que os suspeitos virão a comprometer a atividade investigativa (STJ – HABEAS CORPUS – HC nº 576435 PR 2020/0096866-0 – Ministro Sebastião Reis Júnior – 6ª Turma V.U. – DJe 26/08/20 e HC nº 286.981/MG, Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 1º/7/14).

Com efeito, até o presente momento, baseado nas informações obtidas, a investigação logrou verificar os seguintes fatos:

a) O investigado Guilherme é advogado e possui ligações estreitas com pessoas envolvidas com o tráfico de ilícito de drogas, e considerando o seu alto padrão de vida econômica, haveria razoável suspeita de branqueamento do dinheiro por meio de honorários advocatícios, compra de imóveis, abertura de uma construtora, etc.;

b) João Francisco Ferreira Filho e Paula Regina Ferreira, ambos policiais militares e irmãos de Guilherme, comprovadamente acessaram diversas vezes as informações sigilosas ou privilegiadas extraídas do acesso ao banco de dados da Polícia Militar de Santa Catarina, muito provavelmente a mando ou associação com Guilherme;

c) O investigado Guilherme descobriu ser alvo de investigação e monitoramento pela Polícia Federal de Itajaí e lavrou boletim de ocorrência alegando ser vítima de constrangimento ilegal e/ou ameaça por parte dos policiais federais e, ainda, quiçá por influência dos irmãos policiais, obteve rápido e pronto atendimento dos policiais militares na abordagem dos federais;

d) O investigado Guilherme peticionou comunicando ao Juízo haver por parte da Polícia Federal o desrespeito às suas prerrogativas, abuso nos atos de investigação da PF de Itajaí/SC, noticiando a prática de crime de Abuso de Autoridade.

I- DA PRISÃO TEMPORÁRIA Representa autoridade policial pela decretação da prisão temporária dos investigados Guilherme Augusto Ferreira, João Francisco Ferreira Filho e Paula Regina Ferreira, ao argumento de que o encarceramento teria o condão de assegurar que os investigados não possam frustrar as diligências da PF, coajam testemunhas, ou continuem operando com informações privilegiadas vindas do exercício da atividade policial, garantindo, assim, um resultado útil às investigações. A prisão temporária é regulada pela Lei nº 7.960/89, cujos requisitos encontram-se dispostos em seu art. 1º: “Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, hoje previsto na Lei nº 11.343/09); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016) ”

*Da análise conjugada dos incisos supra, depreende-se que a decretação da prisão temporária exige a presença do *fumus commissi delicti*, na forma preconizada pelo inciso III, associada à imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos suficientes ao esclarecimento de sua identidade.*

*Quanto ao *periculum libertatis*, entendo haver elementos suficientes para justificar o decreto prisional, pois foram trazidos pela autoridade policial fatos concretos, os quais revelam diversas condutas dos investigados em associação, capazes de frustrar ou, ao menos, impor obstáculos às investigações das autoridades públicas.*

Da divergência das versões no episódio da abordagem Consta que a Polícia Federal de Itajaí/SC teve por cautela a inquirição dos policiais militares da guarnição que participaram da abordagem aos federais. Com efeito, conforme declarações do Sargento Alan revelou-se que a guarnição foi acionada pelo policial militar, Cabo Ferreira (irmão de Guilherme) e a abordagem deu-se de forma padrão, os federais que faziam a campana velada foram identificados, sendo certo que, consoante disse o sargento, tudo se seguiu em um absoluto clima de tranquilidade (ID 42704944 –fl.05):

(...)

Portanto, pelo menos a priori, a versão apresentada pela polícia federal apresenta-se mais verossímil no contexto dos fatos. LOGINS de acesso ao sistema SISP - BANCO DE DADOS DA SSP/SC No tocante ao alegado acesso indevido aos sistemas da PMSC, verifico que há robusta prova do uso de logins e senhas por João Francisco e Paula Regina ao promoverem pesquisas de nomes de pessoas envolvidas com o tráfico, efetuadas fora do horário de expediente, em locais estranhos ao ambiente policial e sem qualquer relação com as investigações da Polícia Militar; INCLUSIVE A PARTIR DA SEDE DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DE GUILHERME. O quadro abaixo foi extraído da presente representação:

(...)

É digno de nota o print do aparelho celular obtido pelo serviço de inteligência da PF, onde a investigada Paula solicita a verificação da placa de carro utilizado pela Polícia Federal nas investigações da OCRIM:

(...)

Consta, ademais, que Paula teria efetuado pesquisas de placas de viaturas da Polícia Federal (não ostensivas) em flagrante conduta de conRAINTeligência sobre a investigação da Polícia Federal, ou pelo menos, com violação do devido sigilo funcional.

Cabe destacar que as condutas dos investigados, em tese, sugerem impedir a investigação da Polícia Federal de repressão ao tráfico, notadamente sob o ponto de vista financeiro, uma vez que a autoridade policial relata razoáveis indícios de lavagem de dinheiro (SINAIS EXTERIORES DE RIQUESAS) por meio da compra de imóveis, carros de luxo. Com efeito, a revelar SIGNIFICATIVA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DO INVESTIGADO GUILHERME. Foi apurado que Alex Rodrigues da Silva, Susana de Santis Bonatt e Letysabel Mattos do Couto, traficantes presos em flagrante pela PF na posse de quase uma tonelada de cocaína em 2018, cujos nomes foram objeto de pesquisas (IPL 516/18- DPF/IJI/SC) possuem relacionamento social rotineiro com os investigados. Esta última, inclusive, foi avistada e fotografada pela PF em várias ocasiões na condução de um veículo de propriedade do investigado, P.M. João Francisco.

Portanto, não há como negar que as estreitas relações de Guilherme com as pessoas envolvidas no tráfico ilícito de drogas ultrapassam as relações profissionais advogado/cliente, assim como, injustificáveis sob qualquer ponto de vista o repasse das informações sigilosas por parte de seus 02 irmãos. Fazendo-se uma valoração superficial sobre os elementos probatórios apresentados pela autoridade policial, é possível verificar a presença de indícios dos crimes de obstrução de investigação penal sobre organização criminosa (parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei nº 12.850/13), violação de sigilo funcional (art. 325, do Código Penal) em conexão com o crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98), este último já em apuração no IPL nº 5004098-41.2020.4.03.6104.

O Delegado de Polícia Federal assinala que esses três investigados ocupam posição de destaque na organização criminosa, sendo imprescindível a prisão temporária para que não combinem versões entre eles e os demais investigados e não atuem de modo a destruir provas.

A medida que ora se representa possui a finalidade de assegurar que os investigados não interfiram ou obstem a colheita de provas pela autoridade policial, garantindo, assim, um resultado útil às investigações. Portanto, a prisão temporária não se presta unicamente à colheita de depoimento dos investigados, pois estes podem permanecer em silêncio tanto nesta fase inquisitorial, como em eventual fase processual. A representação relata que após a descoberta da operação pelos membros da OCRM foi apurado a paralização das suas atividades. Com efeito, houve o abandono dos rotineiros encontros, troca de veículos, e até o desfazimento de aparelhos celulares. Evidentemente não é pelo fato de prestar algum tipo de assessoria, de aconselhamento, ou de realizar atos de natureza profissional a favor de pessoas envolvidas em atos ilícitos, por si só, justificativa às medidas em comento. Requer-se, a demonstração de indícios suficientes de envolvimento em esquema criminoso a fim de legitimar a determinação de medidas tendentes à obtenção de prova cautelares. Contudo, há indícios veementes que apontam para a participação dos investigados em crimes de lavagem de dinheiro, obstrução de investigação penal sobre organização criminosa em concurso com violação de sigilo funcional, todos em conexão com o tráfico de drogas. De modo que estaria preenchidos os requisitos legais para o encarceramento temporário. Cabe registrar que o próprio investigado Guilherme reconhece que atua como advogado de pessoas envolvidas com o tráfico ilícito de drogas (petição ID 42584218). A abordagem premeditada aos federais, ocorreu sob o insustentável argumento de risco pessoal, haja vista que o próprio investigado Guilherme sabia da vigilância, sendo certo que a lavratura de boletins de ocorrência, visava à induzir a ideia de vítimas ou mesmo intimidar os atos de perseguição. A representação está respaldada em indícios aptos a demonstrar a necessidade de medidas para o aprofundamento das investigações, e evitar possam os investigados atuar de modo a obstruir a colheita de provas pela autoridade policial ou impedir concretamente a investigação uma vez que: DEFIRO, assim, os pedidos de prisão temporária, nos termos da fundamentação supra, observados os parâmetros exarados ao final desta decisão.”

A prisão temporária é uma das modalidades de prisão cautelar, regulada pela Lei nº 7.960/89, e tem como objetivo assegurar a eficiência da investigação policial, conforme se depreende do art. 1º da referida Lei, *verbis*:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Ademais, nos termos do art. 2º, a prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade

O exame dos autos revela que a prisão temporária dos pacientes foi decretada mediante decisão fundamentada, com base nos elementos colhidos pela autoridade policial, que evidenciam fundadas razões da participação dos pacientes nos crimes de lavagem de dinheiro, obstrução de investigação penal sobre organização criminosa em concurso com violação de sigilo funcional, **todos em conexão com o tráfico de drogas**.

Conforme fez constar a autoridade impetrada, Guilherme, em concurso com seus irmãos (ora pacientes), que são policiais militares e também investigados no inquérito policial originário, teria realizado atividades de contravigilância, em tese, com o objetivo de interferir nas diligências policiais realizadas no inquérito policial. A representação policial aponta que efetivamente houve uma obstrução da atividade investigativa no dia 21/05/2020, quando dois policiais federais realizavam vigilância velada sobre alvos do inquérito policial, momento em que foram abordados, acarretando prejuízo à essa diligência.

Depreende-se, ainda, que foram identificados diversos acessos indevidos ao banco de dados da Polícia Militar de Santa Catarina, mediante a utilização de login e senha pessoal, fora do horário regular de expediente e em locais estranhos à repartição, inclusive no escritório profissional do paciente Guilherme. De acordo com a representação, os investigados teriam consultado placas de viaturas utilizadas pela Polícia Federal a cargo das investigações, além de nomes de pessoas envolvidas na operação Alba Vírus.

Diante desses elementos, observo que a prisão temporária revelou-se imprescindível para assegurar a eficiência da investigação policial, diante da possibilidade concreta de interferência nas investigações. Assim, em uma análise perfunctória, reputo preenchidos os requisitos necessários para a decretação da prisão temporária.

No mesmo sentido, é o parecer ministerial (ID 150145886), *in verbis*:

“A ordem impetrada em favor de PAULA REGINA FERREIRA E JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO, contra ato do Juízo da Vara Federal Criminal plantonista de São Paulo/SP, nos autos nº 5006009-51.2020.4.03.6181, deve ser denegada.

Primeiramente, destaca-se que a prisão temporária, decretada em 17.12.2020, pelo prazo de 05 (cinco) dias, e cumprida no dia 18.12.2020 (ID 150026284, fls. 197/199), atingirá seu termo final na presente data, podendo ser prorrogada por mais 05 (cinco) dias, informação ausente nos presentes autos. Assim, ainda que não subsista o ato impugnado, pelo decurso do prazo da prisão temporária, torna prejudicado o pedido de liberdade, mas não induz à perda de objeto do presente writ, pois a questão que se passa a analisar é a legalidade do decreto de prisão.

Cumprе salientar que a custódia temporária foi decretada como medida de rigor, uma vez que mostram-se presentes seus pressupostos e requisitos autorizadores: (a) imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial; e (b) existência de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do paciente nos crimes de contrabando e associação criminosa.

No presente caso, foram decretadas as prisões temporárias de PAULA REGINA FERREIRA, JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO e Guilherme Augusto Ferreira, pelo prazo de 05 (cinco) dias, no interesse das apurações conduzidas no inquérito policial nº 5004098-41.2020.4.03.6104, após representação policial (ID 150026284, fls. 201/214).

Segundo consta, foi instaurado o IPL nº 5006246- 85.2020.4.03.6181 para apurar fatos que amoldam-se aos crimes de obstrução de investigação penal em face de organização criminosa (art. 2º, § 1º da Lei nº 12.850/2013) e violação de sigilo funcional (art. 325 do Código Penal), tendo em vista que, na madrugada do dia 21.05.2020, os policiais federais João Daudt e Carlos Ferrari, no momento em que realizavam vigilância velada no município de Navegantes/ SC, foram abordados por uma guarnição da Polícia Militar, a qual fora acionada pelo policial militar JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO sob a alegação de que seu irmão, o advogado Guilherme Augusto Ferreira, estaria sendo seguido.

Da análise dos autos, verifica-se que Guilherme, acompanhado de sua irmã PAULA REGINA FERREIRA, também policial militar, efetivamente registrou a ocorrência, porém, com afirmações falsas, divergentes das versões apresentadas pelos policiais federais e pelos policiais militares da guarnição que fizeram a abordagem. Outrossim, consta que JOÃO FRANCISCO acionou a guarnição de forma proposital e maliciosa, com o fito de impedir a continuidade da diligência da Polícia Federal, efetuada no bojo de inquérito que apura o crime de lavagem do dinheiro proveniente do tráfico internacional de drogas perpetrado por organização criminosa investigada na Operação Policial ALBA VÍRUS (IPL nº 5004098- 41.2020.4.03.6104), uma vez que existem informes policiais e indícios de que Guilherme tem estreitas ligações com os traficantes investigados nessa operação. Consoante se observa da representação policial, Guilherme já sabia da investigação em andamento, pois conta com a ajuda de seus irmãos policiais militares PAULA E JOÃO FRANCISCO, cujos logins e senhas foram usados para pesquisar nomes de integrantes da mencionada ORCRIM (alguns inclusive clientes do irmão advogado) no banco de dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina, efetivadas inclusive em horários fora do expediente, em locais estranhos ao ambiente policial e sem qualquer relação com as investigações da Polícia Militar. Descobriu-se, ainda, que PAULA efetuou pesquisas de placas de viaturas não ostensivas da Polícia Federal e que ela e JOÃO FRANCISCO realizaram ações de contra-inteligência sobre a PF.

Nesse sentido, a autoridade policial vislumbrou desvio de finalidade na utilização de informações obtidas em banco de dados de acesso restrito, além de violação de sigilo funcional e tentativa de obstrução da Justiça praticada por policial militar. Por fim, o Delegado de Polícia Federal informou que sua representação anterior foi anexada aos autos do IPL nº 5004098-41.2020.4.03.6104, o qual não se encontra sob sigilo de justiça e consta Guilherme como um dos advogados habilitados, o que torna provável a hipótese de que houve vazamento do teor da investigação e os alvos tiveram ciência das medidas investigativas que lhes eram endereçadas, pois pararam de falar ao celular, de usar seus automóveis e de frequentar certos lugares, encerrando contas em redes sociais e pedindo afastamento temporário do trabalho.

Observa-se que a autoridade tida como coatora decretou as prisões temporárias, por entender que encontravam-se presentes os requisitos legais previstos na Lei nº 7.960/89, vez que imprescindível para impedir a continuidade da prática delitiva, permitir a colheita de provas e evitar riscos às investigações. Outrossim, em que pese a investigação policial estar no início, verifica-se fortes indícios de que a associação criminosa conta com a participação efetiva de Guilherme Augusto Ferreira, JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO e PAULA REGINA FERREIRA no esquema delituoso.

Nesse contexto, já foram colhidas provas de que os policiais militares JOÃO FRANCISCO e PAULA fornecem ao advogado e irmão Guilherme informações de acesso restrito, possibilitando o monitoramento de eventuais medidas constritivas contra ele ou membros da ORCRIM a qual representa, a obstrução das apurações da Polícia Federal e a obtenção de dados de outros criminosos, arcaçou suficiente para autorizar a decretação de prisão temporária dos pacientes. Ressalte-se que, caso permanecessem soltos, os pacientes poderiam coagir testemunhas e continuar operando com informações privilegiadas vindas de exercício da atividade policial, tudo em detrimento da verdade real dos fatos. Portanto, a prisão temporária constituiu-se em medida imprescindível para cessar imediatamente a atuação criminosa, resguardar a investigação e possibilitar a total elucidação dos fatos, com a responsabilização dos culpados. Ao contrário do que quer fazer crer a Defesa, seria insuficiente o mero afastamento dos pacientes do exercício de função pública.”

I – Da alegação de nulidade da audiência de custódia

Os impetrantes sustentam, ainda, a nulidade da audiência de custódia, uma vez que i) não foi realizada no prazo de 24 horas a partir do cumprimento da prisão temporária; e ii) foi presidida por Juízo incompetente (ID 15002683).

Alegam que o prazo de 24 horas para a realização da audiência de custódia foi superado porque a prisão temporária foi efetivada no dia 18.12.2020, por volta das 08:00h, enquanto a audiência de custódia teria ocorrido em 19.12.2020, às 13h.

Como já pontuado no parecer ministerial, é cediço que o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve no seu item I a necessidade de oitiva do preso por um juiz competente, independente e imparcial “dentro de um prazo razoável”. Razoabilidade é o princípio que se afere em concreto diante das especificidades circunstanciais do caso em abstrato mediante a fixação de números rígidos.

No caso dos autos, verifica-se que mesmo diante das dificuldades de logística impostas pela atual pandemia de Covid-19, em que os operadores do foro se encontram em teletrabalho e em que as instalações públicas judiciárias estão fechadas, além da impetração ter se dado durante o período de recesso forense, o prazo de 24 horas foi ultrapassado em apenas 5 horas. Ou seja, os presos foram ouvidos em tempo aceitável, pois essa pequena dilação de prazo não causou qualquer prejuízo às suas defesas.

A respeito do assunto, bem elucidou o parecer ministerial, *in verbis*:

“Nada obstante, os presos foram ouvidos em tempo aceitável, razão pela qual nenhum prejuízo decorreu da pequena dilação de prazo para a audiência de custódia. É bem verdade que, por força da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), o Código de Processo Penal sofreu aditamentos e emendas, passando a constar no seu artigo 310 a necessidade de realização da citada audiência em até 24 horas após a prisão. Contudo, recentemente, o Colendo Supremo Tribunal Federal, mediante relatoria do Ministro Luiz Fux, suspendeu liminarmente a eficácia do dispositivo nos autos das ADIN 6298, 6299, 6300 e 6305.

Segundo o Eminent Relator, o prazo rígido de 24 horas atenta contra a razoabilidade, pois desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país e dificuldades logísticas em geral. Com efeito, oportuno consignar que, em 22.01.2020, o Ministro Luiz Fux, na qualidade de Relator das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, concedeu medida cautelar nos autos da ADI 6305 e suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019)1, nos seguintes termos: “(e1) A ilegalidade da prisão como consequência jurídica para a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas fere a razoabilidade, uma vez que desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura para aplicação do dispositivo; (...) 4. Medidas cautelares concedidas para suspender sine die a eficácia: (a) Da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); (b) Da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (c) Da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); e (d) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); (...) 5. Ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, Código de Processo Penal) No tocante ao art. 310, §4º, igualmente introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, a sua redação determina que “transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”.

Em relação a esse dispositivo, impugnado também exclusivamente nos autos da ADI nº 6305, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público afirma, in verbis: ‘

O parágrafo 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal, acima negrito e fruto da alteração legislativa feita pela Lei nº 13.964/2019, padece de inconstitucionalidade ao prever hipótese de soltura automática, leva em consideração prazo inflexível, e ao mesmo tempo permite o decreto de prisão preventiva sem a realização da própria audiência de custódia. Conforme o artigo 13 da Resolução nº 213, de 2015 do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia é aplicável não só à prisão em flagrante, mas também às seguintes prisões: preventiva, temporária, decorrente da execução penal e civil. A prisão em flagrante tem por fundamento a proteção da ordem pública, a preventiva, o atendimento dos fundamentos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a temporária quando imprescindível para as investigações de crimes graves, a decorrente da execução penal para assegurar cumprimento da pena, e por fim, a civil, para garantir o adimplemento de prestação alimentícia. A essência da audiência de custódia é possibilitar que o preso ou detido seja imediatamente levado à presença do juiz competente, da maneira mais rápida possível, que é normalmente de 24 (vinte e quatro) horas. Ocorre que, nem sempre esse período de tempo, rigidamente fixado, pode ser cumprido, não por vontade dos membros do Ministério Público ou dos magistrados, mas pela realidade existente no Brasil. A dimensão territorial do Brasil e de seus Estados Federados muitas vezes impede o cumprimento exato do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação do preso ou detido à realização da audiência de custódia. É comum nos Estados, no âmbito da Justiça Estadual, quando da realização do plantão judiciário, a divisão do território em regiões administrativas, o que pode abarcar mais de uma comarca, de modo que pode vir a ocorrer de o juiz designado para o plantão ser lotado na cidade A, o promotor de justiça na cidade B, e o defensor público, na cidade C, o que inviabiliza a realização do ato no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, de modo extemporâneo, não acarreta a nulidade do ato, e portanto, não há ilegalidade (...) Entendemos, por isso, que o dispositivo em comento, ao fixar o prazo de 24 horas como causa de ilegalidade de prisão, podendo sujeitar até mesmo os magistrados e membros do Ministério Público à imputação de abuso de autoridade, viola o artigo 5º, incisos LXI, LXV e LXVII (...) Em análise perfunctória, e sem prejuízo de posterior posicionamento em sede meritória, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada. Não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. Esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo. Nesse ponto, entendo que, uma vez oportunamente instruído o processo quanto à realidade das audiências de custódia em todo o país, o Plenário poderá decidir o mérito, inclusive, sendo o caso, fornecendo balizas interpretativas mais objetivas para as categorias normativas nele incluídas. Por ora, a eficácia do dispositivo deve ser suspensa para se evitarem prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direitos das defesas. (...) Ex positis, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019. Conclusão Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); (...)

Como se sabe, considerando a pandemia do Novo Coronavírus, conforme Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 30.01.2020, assim como em observância à Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), difundida pela Portaria nº 188/GM/MS em 04.02.2020, e ao disposto na Lei nº 13.979, de 06.02.2020, que estabelece medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID19, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62/2020, que prevê em seu artigo 8º a excepcionalidade da situação atual e sua inclusão como justificativa para a não realização de audiência de custódia:

“Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.”

Assim, ainda que não houvesse sido realizada audiência de custódia não se verificaria qualquer ilegalidade.

No mais, o fato da audiência de custódia não ter sido realizada nas 24 horas que seguiram à prisão temporária, mas algumas poucas horas após, não justifica o pretendido relaxamento da prisão, visto que a superação do prazo encontra-se devidamente justificada pela situação excepcional atualmente vigente.”

Também não tem razão os impetrantes, ao alegarem que a audiência de custódia seria nula, porque presidida por Juízo Plantonista. Isso porque a audiência foi realizada durante o final de semana, ou seja, no sábado, dia 19.12.2020, observando-se a escala de plantão estabelecida pela Justiça Federal. Portanto, a audiência foi presidida por autoridade que detinha competência para controlar a legalidade da prisão, sem que isso tenha causado prejuízo à defesa, que não logrou demonstrar a existência de violação à integridade física ou psíquica dos pacientes.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou resolução que trata da realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial, enquanto durar a pandemia do novo coronavírus. A norma modifica a [Resolução CNJ nº 329/2020](#) que, em seu art. 19, vedava a utilização do recurso para realização de audiência de custódia.

Nestes termos, a Resolução n. 357 de 26/11/2020 do CNJ alterou o art. 19 da Resolução CNJ N. 329/2020, que passou a vigorar nos seguintes termos:

“Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos [artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal](#), e na [Resolução CNJ nº 213/2015](#), quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

Além disso, não foi comprovado qualquer prejuízo à defesa, conforme bem ressaltado no parecer ministerial:

*Da análise dos documentos juntados no presente writ, portanto, verifica-se que não houve nenhum prejuízo causado a PAULA REGINA FERREIRA E JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO. Nesse sentido, insta salientar que no processo penal vige a máxima *pas de nullité sans grief*, segundo a qual exige-se a demonstração de prejuízo para a configuração da nulidade, do que não se desincumbiu o impetrante (CPP, art. 563). Com efeito, no caso dos autos, em que pese a realização de audiência de custódia em prazo mínimo superior às 24 horas seguintes ao cumprimento do mandado de prisão temporária, verifica-se que a defesa não comprovou a existência de violação à integridade física ou psíquica dos pacientes. Portanto, não há que se falar em nulidade de tal decisum ou violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.*

Por fim, embora a paciente PAULA REGINA FERREIRA tenha filha menor dependente e se reconheça que a prisão dos pais causa reflexos de efeitos negativos aos filhos, a situação exposta nos autos não permite que seja revogada sua prisão temporária, conforme bem delineado pelo órgão ministerial, *in verbis*:

Por fim, é certo que a concessão de prisão domiciliar em substituição a prisões cautelares é um direito previsto no ordenamento pátrio e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Contudo, consoante bem salientado pela autoridade impetrada, o dispositivo processual penal que trata da prisão domiciliar “prevê a possibilidade de substituição da prisão preventiva, nada dispondo sobre a prisão temporária”. Negritei.

Ademais, como já dito, a prisão temporária, decretada em 17.12.2020, pelo prazo de 05 (cinco) dias, e cumprida no dia 18.12.2020 (ID 150026284, fls. 197/199), atingirá seu termo final na presente data, razão pela qual não há necessidade de conversão em prisão domiciliar, ou mesmo de concessão de medidas cautelares diversas da prisão.

Ademais, não custa ressaltar que, ainda que não subsista o ato impugnado, pelo decurso do prazo da prisão temporária, tomando prejudicado o pedido de liberdade, não induz à perda de objeto do presente writ, pois a questão ora analisada diz respeito à legalidade do decreto de prisão (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, HC - HABEAS CORPUS - 37416 - 0026742-28.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 24/08/2010, e-DJF3 Judicial1 DATA:09/09/2010 PÁGINA).

Ante o exposto, INDEFIRO o pleito de concessão de provimento liminar.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) N° 5033991-56.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: PAULA REGINA FERREIRA, JOAO FRANCISCO FERREIRA FILHO
IMPETRANTE: KAIO RODRIGO BERNARDES BORDERES

Advogado do(a) PACIENTE: KAIO RODRIGO BERNARDES BORDERES - SC30719

Advogado do(a) PACIENTE: KAIO RODRIGO BERNARDES BORDERES - SC30719

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 2ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de PAULA REGINA FERREIRA E JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO, em que se requer, liminarmente, o reconhecimento de nulidade da audiência de custódia e a revogação da prisão temporária decretada em seu desfavor nos autos nº 5006009-51.2020.4.03.6181, com a expedição dos respectivos alvarás de soltura, com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Subsidiariamente, em relação a PAULA REGINA FERREIRA, pugna pelo deferimento da prisão domiciliar. E, no mérito, a concessão definitiva da ordem.

Segundo consta, em 17.12.2020, nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico nº 5006009-51.2020.4.03.6181, o MM. Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP decretou as prisões temporárias de PAULA REGINA FERREIRA, JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO e Guilherme Augusto Ferreira, pelo prazo de 05 (cinco) dias, no interesse das apurações conduzidas no inquérito policial nº 5004098-41.2020.403.6104 (Operação Policial ALBA VÍRUS), após representação policial (ID 150026284, fls. 09/40 e 201/214).

Os mandados de prisão temporária foram cumpridos em 18.12.2020 (ID 150026284, fls. 197/199).

A audiência de custódia foi realizada em 19.12.2020, por meio do aplicativo Microsoft TEAMS (ID 150026284, fls. 250/252).

Na mesma data, o MM. Juízo da Vara Federal Criminal plantonista de São Paulo/SP indeferiu os pleitos defensivos de revogação das prisões temporárias e substituição da prisão de PAULA REGINA FERREIRA por prisão domiciliar (ID 150026284, fls. 263/266).

Impetrado este *habeas corpus*, em 20.12.2020, o Excelentíssimo Desembargador Federal Nelson Porfírio Júnior, em plantão judiciário de sobreaviso, requisitou informações, bem como determinou fosse dada vista imediata ao Ministério Público Federal (ID 150029662).

A autoridade impetrada prestou informações sob o ID 150030360.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria, às 18:55h, do dia 21/12/2020.

Parer da Procuradoria Regional da República, opinando pela denegação da ordem, juntado às 09:21h, do dia 22/12/2020.

É o relatório.

Decido.

Neste *writ*, os imperantes apontam ilegalidade decorrente da decretação da prisão temporária dos pacientes, por cinco dias, pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP. Eis a decisão ora atacada:

“Preliminarmente, cabe fixar como premissa, que o deferimento das medidas cautelares criminais é de natureza excepcional (STF. AG. REG no HC Ag. RHC nº 133244-SP – DJe 08/04/16 – Rel. Min. Gilmar Mendes), eis que incidem sobre as liberdades públicas e afetam a privacidade das pessoas, tuteladas pelo ordenamento constitucional, cuja decretação só pode ser legítima, caso constitua medida comprovadamente adequada e necessária ao acautelamento da fase pré-processual, não servindo para tanto a mera suposição de que os suspeitos virão a comprometer a atividade investigativa (STJ – HABEAS CORPUS – HC nº 576435 PR 2020/0096866-0 – Ministro Sebastião Reis Júnior – 6ª Turma V.U. – DJe 26/08/20 e HC nº 286.981/MG, Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 1º/7/14).

Com efeito, até o presente momento, baseado nas informações obtidas, a investigação logrou verificar os seguintes fatos:

a) O investigado Guilherme é advogado e possui ligações estreitas com pessoas envolvidas com o tráfico de ilícito de drogas, e considerando o seu alto padrão de vida econômica, haveria razoável suspeita de branqueamento do dinheiro por meio de honorários advocatícios, compra de imóveis, abertura de uma construtora, etc.;

b) João Francisco Ferreira Filho e Paula Regina Ferreira, ambos policiais militares e irmãos de Guilherme, comprovadamente acessaram diversas vezes as informações sigilosas ou privilegiadas extraídas do acesso ao banco de dados da Polícia Militar de Santa Catarina, muito provavelmente a mando ou associação com Guilherme;

c) O investigado Guilherme descobriu ser alvo de investigação e monitoramento pela Polícia Federal de Itajaí e lavrou boletim de ocorrência alegando ser vítima de constrangimento ilegal e/ou ameaça por parte dos policiais federais e, ainda, quiçá por influência dos irmãos policiais, obteve rápido e pronto atendimento dos policiais militares na abordagem dos federais;

d) O investigado Guilherme peticionou comunicando ao Juízo haver por parte da Polícia Federal o desrespeito às suas prerrogativas, abuso nos atos de investigação da PF de Itajaí/SC, noticiando a prática de crime de Abuso de Autoridade.

I- DA PRISÃO TEMPORÁRIA Representa autoridade policial pela decretação da prisão temporária dos investigados Guilherme Augusto Ferreira, João Francisco Ferreira Filho e Paula Regina Ferreira, ao argumento de que o encarceramento teria o condão de assegurar que os investigados não possam frustrar as diligências da PF, coajam testemunhas, ou continuem operando com informações privilegiadas vindas do exercício da atividade policial, garantindo, assim, um resultado útil às investigações. A prisão temporária é regulada pela Lei nº 7.960/89, cujos requisitos encontram-se dispostos em seu art. 1.º: “Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, hoje previsto na Lei nº 11.343/09); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016) ”

Da análise conjugada dos incisos supra, depreende-se que a decretação da prisão temporária exige a presença do *fumus commissi delicti*, na forma preconizada pelo inciso III, associada à imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos suficientes ao esclarecimento de sua identidade.

Quanto ao *periculum libertatis*, entendo haver elementos suficientes para justificar o decreto prisional, pois foram trazidos pela autoridade policial fatos concretos, os quais revelam diversas condutas dos investigados em associação, capazes de frustrar ou, ao menos, impor obstáculos às investigações das autoridades públicas.

Da divergência das versões no episódio da abordagem Consta que a Polícia Federal de Itajaí/SC teve por cautela a inquirição dos policiais militares da guarnição que participaram da abordagem aos federais. Com efeito, conforme declarações do Sargento Alan revelou-se que a guarnição foi acionada pelo policial militar; Cabo Ferreira (irmão de Guilherme) e a abordagem deu-se de forma padrão, os federais que faziam a campana velada foram identificados, sendo certo que, consoante disse o sargento, tudo se seguiu em um absoluto clima de tranquilidade (ID 42704944 –fl.05):

(...)

Portanto, pelo menos a priori, a versão apresentada pela polícia federal apresenta-se mais verossímil no contexto dos fatos. LOGINS de acesso ao sistema SISP - BANCO DE DADOS DA SSP/SC No tocante ao alegado acesso indevido aos sistemas da PMSC, verifico que há robusta prova do uso de logins e senhas por João Francisco e Paula Regina ao promoverem pesquisas de nomes de pessoas envolvidas com o tráfico, efetuadas fora do horário de expediente, em locais estranhos ao ambiente policial e sem qualquer relação com as investigações da Polícia Militar; INCLUSIVE A PARTIR DA SEDE DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DE GUILHERME. O quadro abaixo foi extraído da presente representação:

(...)

É digno de nota o print do aparelho celular obtido pelo serviço de inteligência da PF, onde a investigada Paula solicita a verificação da placa de carro utilizado pela Polícia Federal nas investigações da OCRIM:

(...)

Consta, ademais, que Paula teria efetuado pesquisas de placas de viaturas da Polícia Federal (não ostensivas) em flagrante conduta de contrainteligência sobre a investigação da Polícia Federal, ou pelo menos, com violação do devido sigilo funcional.

Cabe destacar que as condutas dos investigados, em tese, sugerem impedir a investigação da Polícia Federal de repressão ao tráfico, notadamente sob o ponto de vista financeiro, uma vez que a autoridade policial relata razoáveis indícios de lavagem de dinheiro (SINAIS EXTERIORES DE RIQUESAS) por meio da compra de imóveis, carros de luxo. Com efeito, a revelar SIGNIFICATIVA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DO INVESTIGADO GUILHERME. Foi apurado que Alex Rodrigues da Silva, Susana de Santis Bonatt e Letysabel Mattos do Couto, traficantes presos em flagrante pela PF na posse de quase uma tonelada de cocaína em 2018, cujos nomes foram objeto de pesquisas (IPL 516/18- DPF/IJI/SC) possuem relacionamento social rotineiro com os investigados. Esta última, inclusive, foi avistada e fotografada pela PF em várias ocasiões na condução de um veículo de propriedade do investigado, P.M. João Francisco.

Portanto, não há como negar que as estreitas relações de Guilherme com as pessoas envolvidas no tráfico ilícito de drogas ultrapassam as relações profissionais advogado/cliente, assim como, injustificáveis sob qualquer ponto de vista o repasse das informações sigilosas por parte de seus 02 irmãos. Fazendo-se uma valoração superficial sobre os elementos probatórios apresentados pela autoridade policial, é possível verificar a presença de indícios dos crimes de obstrução de investigação penal sobre organização criminosa (parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei nº 12.850/13), violação de sigilo funcional (art. 325, do Código Penal) em conexão com o crime de lavagem de dinheiro (art. 1.º da Lei nº 9.613/98), este último já em apuração no IPL nº 5004098-41.2020.4.03.6104.

O Delegado de Polícia Federal assinala que esses três investigados ocupam posição de destaque na organização criminosa, sendo imprescindível a prisão temporária para que não combinem versões entre eles e os demais investigados e não atuem de modo a destruir provas.

A medida que ora se representa possui a finalidade de assegurar que os investigados não interfiram ou obstem a colheita de provas pela autoridade policial, garantindo, assim, um resultado útil às investigações. Portanto, a prisão temporária não se presta unicamente à colheita de depoimento dos investigados, pois estes podem permanecer em silêncio tanto nesta fase inquisitorial, como em eventual fase processual. A representação relata que após a descoberta da operação pelos membros da OCRM foi apurado a paralização das suas atividades. Com efeito, houve o abandono dos rotineiros encontros, troca de veículos, e até o desfazimento de aparelhos celulares. Evidentemente não é pelo fato de prestar algum tipo de assessoria, de aconselhamento, ou de realizar atos de natureza profissional a favor de pessoas envolvidas em atos ilícitos, por si só, justificativa às medidas em comento. Requer-se, a demonstração de indícios suficientes de envolvimento em esquema criminoso a fim de legitimar a determinação de medidas tendentes à obtenção de prova cautelara. Contudo, há indícios veementes que apontam para a participação dos investigados em crimes de lavagem de dinheiro, obstrução de investigação penal sobre organização criminosa em concurso com violação de sigilo funcional, todos em conexão com o tráfico de drogas. De modo que estaria preenchidos os requisitos legais para o encarceramento temporário. Cabe registrar que o próprio investigado Guilherme reconhece que atua como advogado de pessoas envolvidas com o tráfico ilícito de drogas (petição ID 42584218). A abordagem premeditada aos federais, ocorreu sob o insustentável argumento de risco pessoal, haja vista que o próprio investigado Guilherme sabia da vigilância, sendo certo que a lavratura de boletins de ocorrência, visava à induzir a ideia de vítimas ou mesmo intimidar os atos de perseguição. A representação está respaldada em indícios aptos a demonstrar a necessidade de medidas para o aprofundamento das investigações, e evitar possam os investigados atuar de modo a obstruir a colheita de provas pela autoridade policial ou impedir concretamente a investigação uma vez que: DEFIRO, assim, os pedidos de prisão temporária, nos termos da fundamentação supra, observados os parâmetros exarados ao final desta decisão.”

A prisão temporária é uma das modalidades de prisão cautelar, regulada pela Lei nº 7.960/89, e tem como objetivo assegurar a eficiência da investigação policial, conforme se depreende do art. 1º da referida Lei, *verbis*:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

*a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) **tráfico de drogas** (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.*

Ademais, nos termos do art. 2º, a prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade

O exame dos autos revela que a prisão temporária dos pacientes foi decretada mediante decisão fundamentada, com base nos elementos colhidos pela autoridade policial, que evidenciam fundadas razões da participação dos pacientes nos crimes de lavagem de dinheiro, obstrução de investigação penal sobre organização criminosa em concurso com violação de sigilo funcional, **todos em conexão com o tráfico de drogas**.

Conforme fez constar a autoridade impetrada, Guilherme, em concurso com seus irmãos (ora pacientes), que são policiais militares e também investigados no inquérito policial originário, teria realizado atividades de contravigilância, em tese, com o objetivo de interferir nas diligências policiais realizadas no inquérito policial. A representação policial aponta que efetivamente houve uma obstrução da atividade investigativa no dia 21/05/2020, quando dois policiais federais realizavam vigilância velada sobre alvos do inquérito policial, momento em que foram abordados, acarretando prejuízo à essa diligência.

Depreende-se, ainda, que foram identificados diversos acessos indevidos ao banco de dados da Polícia Militar de Santa Catarina, mediante a utilização de login e senha pessoal, fora do horário regular de expediente e em locais estranhos à repartição, inclusive no escritório profissional do paciente Guilherme. De acordo com a representação, os investigados teriam consultado placas de viaturas utilizadas pela Polícia Federal a cargo das investigações, além de nomes de pessoas envolvidas na operação Alba Vírus.

Diante desses elementos, observo que a prisão temporária revelou-se imprescindível para assegurar a eficiência da investigação policial, diante da possibilidade concreta de interferência nas investigações. Assim, em uma análise perfunctória, reputo preenchidos os requisitos necessários para a decretação da prisão temporária.

No mesmo sentido, é o parecer ministerial (ID 150145886), *in verbis*:

“A ordem impetrada em favor de PAULA REGINA FERREIRA E JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO, contra ato do Juízo da Vara Federal Criminal plantonista de São Paulo/SP, nos autos nº 5006009-51.2020.4.03.6181, deve ser denegada.

Primeiramente, destaca-se que a prisão temporária, decretada em 17.12.2020, pelo prazo de 05 (cinco) dias, e cumprida no dia 18.12.2020 (ID 150026284, fls. 197/199), atingirá seu termo final na presente data, podendo ser prorrogada por mais 05 (cinco) dias, informação ausente nos presentes autos. Assim, ainda que não subsista o ato impugnado, pelo decurso do prazo da prisão temporária, torna prejudicado o pedido de liberdade, mas não induz à perda de objeto do presente writ, pois a questão que se passa a analisar é a legalidade do decreto de prisão.

Cumprir salientar que a custódia temporária foi decretada como medida de rigor, uma vez que mostram-se presentes seus pressupostos e requisitos autorizadores: (a) imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial; e (b) existência de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do paciente nos crimes de contrabando e associação criminosa.

No presente caso, foram decretadas as prisões temporárias de PAULA REGINA FERREIRA, JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO e Guilherme Augusto Ferreira, pelo prazo de 05 (cinco) dias, no interesse das apurações conduzidas no inquérito policial nº 5004098-41.2020.4.03.6104, após representação policial (ID 150026284, fls. 201/214).

Segundo consta, foi instaurado o IPL nº 5006246- 85.2020.4.03.6181 para apurar fatos que amoldam-se aos crimes de obstrução de investigação penal em face de organização criminosa (art. 2º, § 1º da Lei nº 12.850/2013) e violação de sigilo funcional (art. 325 do Código Penal), tendo em vista que, na madrugada do dia 21.05.2020, os policiais federais João Daudi e Carlos Ferrari, no momento em que realizavam vigilância velada no município de Navegantes/ SC, foram abordados por uma guarnição da Polícia Militar, a qual fora acionada pelo policial militar JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO sob a alegação de que seu irmão, o advogado Guilherme Augusto Ferreira, estaria sendo seguido.

Da análise dos autos, verifica-se que Guilherme, acompanhado de sua irmã PAULA REGINA FERREIRA, também policial militar, efetivamente registrou a ocorrência, porém, com afirmações falsas, divergentes das versões apresentadas pelos policiais federais e pelos policiais militares da guarnição que fizeram a abordagem. Outrossim, consta que JOÃO FRANCISCO acionou a guarnição de forma proposital e maliciosa, com o fito de impedir a continuidade da diligência da Polícia Federal, efetuada no bojo de inquérito que apura o crime de lavagem do dinheiro proveniente do tráfico internacional de drogas perpetrado por organização criminosa investigada na Operação Policial ALBA VÍRUS (IPL nº 5004098- 41.2020.4.03.6104), uma vez que existem informes policiais e indícios de que Guilherme tem estreitas ligações com os traficantes investigados nessa operação. Consoante se observa da representação policial, Guilherme já sabia da investigação em andamento, pois conta com a ajuda de seus irmãos policiais militares PAULA E JOÃO FRANCISCO, cujos logins e senhas foram usados para pesquisar nomes de integrantes da mencionada ORCRIM (alguns inclusive clientes do irmão advogado) no banco de dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina, efetivadas inclusive em horários fora do expediente, em locais estranhos ao ambiente policial e sem qualquer relação com as investigações da Polícia Militar. Descobriu-se, ainda, que PAULA efetuou pesquisas de placas de viaturas não ostensivas da Polícia Federal e que ela e JOÃO FRANCISCO realizaram ações de contra-inteligência sobre a PF.

Nesse sentido, a autoridade policial vislumbrou desvio de finalidade na utilização de informações obtidas em banco de dados de acesso restrito, além de violação de sigilo funcional e tentativa de obstrução da Justiça praticada por policial militar. Por fim, o Delegado de Polícia Federal informou que sua representação anterior foi anexada aos autos do IPL nº 5004098-41.2020.4.03.6104, o qual não se encontra sob sigilo de justiça e consta Guilherme como um dos advogados habilitados, o que torna provável a hipótese de que houve vazamento do teor da investigação e os alvos tiveram ciência das medidas investigativas que lhes eram endereçadas, pois pararam de falar ao celular, de usar seus automóveis e de frequentar certos lugares, encerrando contas em redes sociais e pedindo afastamento temporário do trabalho.

Observa-se que a autoridade tida como coatora decretou as prisões temporárias, por entender que encontravam-se presentes os requisitos legais previstos na Lei nº 7.960/89, vez que imprescindível para impedir a continuidade da prática delitiva, permitir a colheita de provas e evitar riscos às investigações. Outrossim, em que pese a investigação policial estar no início, verifica-se fortes indícios de que a associação criminosa conta com a participação efetiva de Guilherme Augusto Ferreira, JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO e PAULA REGINA FERREIRA no esquema delituoso.

Nesse contexto, já foram colhidas provas de que os policiais militares JOÃO FRANCISCO e PAULA fornecem ao advogado e irmão Guilherme informações de acesso restrito, possibilitando o monitoramento de eventuais medidas constritivas contra ele ou membros da ORCRIM a qual representa, a obstrução das apurações da Polícia Federal e a obtenção de dados de outros criminosos, arcabouço suficiente para autorizar a decretação de prisão temporária dos pacientes. Ressalte-se que, caso permanecessem soltos, os pacientes poderiam coagir testemunhas e continuar operando com informações privilegiadas vindas de exercício da atividade policial, tudo em detrimento da verdade real dos fatos. Portanto, a prisão temporária constituiu-se em medida imprescindível para cessar imediatamente a atuação criminosa, resguardar a investigação e possibilitar a total elucidação dos fatos, com a responsabilização dos culpados. Ao contrário do que quer fazer crer a Defesa, seria insuficiente o mero afastamento dos pacientes do exercício de função pública.”

I – Da alegação de nulidade da audiência de custódia

Os impetrantes sustentam, ainda, a nulidade da audiência de custódia, uma vez que i) não foi realizada no prazo de 24 horas a partir do cumprimento da prisão temporária; e ii) foi presidida por Juízo incompetente (ID 15002683).

Alegam que o prazo de 24 horas para a realização da audiência de custódia foi superado porque a prisão temporária foi efetivada no dia 18.12.2020, por volta das 08:00h, enquanto a audiência de custódia teria ocorrido em 19.12.2020, às 13h.

Como já pontuado no parecer ministerial, é cediço que o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve no seu item I a necessidade de oitiva do preso por um juiz competente, independente e imparcial “dentro de um prazo razoável”. Razoabilidade é o princípio que se afere em concreto diante das especificidades circunstanciais do caso em abstrato mediante a fixação de números rígidos.

No caso dos autos, verifica-se que mesmo diante das dificuldades de logística impostas pela atual pandemia de Covid-19, em que os operadores do foro se encontram em teletrabalho e em que as instalações públicas judiciárias estão fechadas, além da impetração ter se dado durante o período de recesso forense, o prazo de 24 horas foi ultrapassado em apenas 5 horas. Ou seja, os presos foram ouvidos em tempo aceitável, pois essa pequena dilação de prazo não causou qualquer prejuízo às suas defesas.

A respeito do assunto, bem elucidou o parecer ministerial, *in verbis*:

“Nada obstante, os presos foram ouvidos em tempo aceitável, razão pela qual nenhum prejuízo decorreu da pequena dilação de prazo para a audiência de custódia. É bem verdade que, por força da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), o Código de Processo Penal sofreu aditamentos e emendas, passando a constar no seu artigo 310 a necessidade de realização da citada audiência em até 24 horas após a prisão. Contudo, recentemente, o Colendo Supremo Tribunal Federal, mediante relatoria do Ministro Luiz Fux, suspendeu liminarmente a eficácia do dispositivo nos autos das ADIN 6298, 6299, 6300 e 6305.

Segundo o Eminentíssimo Relator, o prazo rígido de 24 horas atenta contra a razoabilidade, pois desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país e dificuldades logísticas em geral. Com efeito, oportuno consignar que, em 22.01.2020, o Ministro Luiz Fux, na qualidade de Relator das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, concedeu medida cautelar nos autos da ADI 6305 e suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019)1, nos seguintes termos: “(e1) A ilegalidade da prisão como consequência jurídica para a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas fere a razoabilidade, uma vez que desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura para aplicação do dispositivo; (...) 4. Medidas cautelares concedidas para suspender sine die a eficácia: (a) Da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); (b) Da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (c) Da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); e (d) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); (...) 5. Ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, Código de Processo Penal) No tocante ao art. 310, §4º, igualmente introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, a sua redação determina que “transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”.

Em relação a esse dispositivo, impugnado também exclusivamente nos autos da ADI nº 6305, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público afirma, in verbis: ‘

O parágrafo 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal, acima negrito e fruto da alteração legislativa feita pela Lei nº 13.964/2019, padece de inconstitucionalidade ao prever hipótese de soltura automática, leva em consideração prazo inflexível, e ao mesmo tempo permite o decreto de prisão preventiva sem a realização da própria audiência de custódia. Conforme o artigo 13 da Resolução nº 213, de 2015 do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia é aplicável não só à prisão em flagrante, mas também às seguintes prisões: preventiva, temporária, decorrente da execução penal e civil. A prisão em flagrante tem por fundamento a proteção da ordem pública, a preventiva, o atendimento dos fundamentos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a temporária quando imprescindível para as investigações de crimes graves, a decorrente da execução penal para assegurar cumprimento da pena, e por fim, a civil, para garantir o adimplemento de prestação alimentícia. A essência da audiência de custódia é possibilitar que o preso ou detido seja imediatamente levado à presença do juiz competente, da maneira mais rápida possível, que é normalmente de 24 (vinte e quatro) horas. Ocorre que, nem sempre esse período de tempo, rigidamente fixado, pode ser cumprido, não por vontade dos membros do Ministério Público ou dos magistrados, mas pela realidade existente no Brasil. A dimensão territorial do Brasil e de seus Estados Federados muitas vezes impede o cumprimento exato do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação do preso ou detido à realização da audiência de custódia. É comum nos Estados, no âmbito da Justiça Estadual, quando da realização do plantão judiciário, a divisão do território em regiões administrativas, o que pode abarcar mais de uma comarca, de modo que pode vir a ocorrer de o juiz designado para o plantão ser lotado na cidade A, o promotor de justiça na cidade B, e o defensor público, na cidade C, o que inviabiliza a realização do ato no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, de modo extemporâneo, não acarreta a nulidade do ato, e portanto, não há ilegalidade (...) Entendemos, por isso, que o dispositivo em comento, ao fixar o prazo de 24 horas como causa de ilegalidade de prisão, podendo sujeitar até mesmo os magistrados e membros do Ministério Público à imputação de abuso de autoridade, viola o artigo 5º, incisos LXI, LXV e LXVII (...)’ Em análise perfunctória, e sem prejuízo de posterior posicionamento em sede meritória, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada. Não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. Esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo. Nesse ponto, entendo que, uma vez oportunamente instruído o processo quanto à realidade das audiências de custódia em todo o país, o Plenário poderá decidir o mérito, inclusive, sendo o caso, fornecendo balizas interpretativas mais objetivas para as categorias normativas nele incluídas. Por ora, a eficácia do dispositivo deve ser suspensa para se evitarem prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direitos das defesas. (...) Ex positis, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019. Conclusão Ex positis, na condição de relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); (...)

Como se sabe, considerando a pandemia do Novo Coronavírus, conforme Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 30.01.2020, assim como em observância à Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), difundida pela Portaria nº 188/GM/MS em 04.02.2020, e ao disposto na Lei nº 13.979, de 06.02.2020, que estabelece medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID19, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62/2020, que prevê em seu artigo 8º a excepcionalidade da situação atual e sua inclusão como justificativa para a não realização de audiência de custódia:

“Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.”

Assim, ainda que não houvesse sido realizada audiência de custódia não se verificaria qualquer ilegalidade.

No mais, o fato da audiência de custódia não ter sido realizada nas 24 horas que seguiram à prisão temporária, mas algumas poucas horas após, não justifica o pretendido relaxamento da prisão, visto que a superação do prazo encontra-se devidamente justificada pela situação excepcional atualmente vigente.”

Também não tem razão os impetrantes, ao alegarem que a audiência de custódia seria nula, porque presidida por Juízo Plantonista. Isso porque a audiência foi realizada durante o final de semana, ou seja, no sábado, dia 19.12.2020, observando-se a escala de plantão estabelecida pela Justiça Federal. Portanto, a audiência foi presidida por autoridade que detinha competência para controlar a legalidade da prisão, sem que isso tenha causado prejuízo à defesa, que não logrou demonstrar a existência de violação à integridade física ou psíquica dos pacientes.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou resolução que trata da realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial, enquanto durar a pandemia do novo coronavírus. A norma modifica a [Resolução CNJ nº 329/2020](#) que, em seu art. 19, vedava a utilização do recurso para realização de audiência de custódia.

Nestes termos, a Resolução n. 357 de 26/11/2020 do CNJ alterou o art. 19 da Resolução CNJ N. 329/2020, que passou a vigorar nos seguintes termos:

“Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos [artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal](#), e na [Resolução CNJ nº 213/2015](#), quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

Além disso, não foi comprovado qualquer prejuízo à defesa, conforme bem ressaltado no parecer ministerial:

*Da análise dos documentos juntados no presente writ, portanto, verifica-se que não houve nenhum prejuízo causado a PAULA REGINA FERREIRA E JOÃO FRANCISCO FERREIRA FILHO. Nesse sentido, insta salientar que no processo penal vige a máxima *pas de nullité sans grief*, segundo a qual exige-se a demonstração de prejuízo para a configuração da nulidade, do que não se desincumbiu o impetrante (CPP, art. 563). Com efeito, no caso dos autos, em que pese a realização de audiência de custódia em prazo mínimo superior às 24 horas seguintes ao cumprimento do mandado de prisão temporária, verifica-se que a defesa não comprovou a existência de violação à integridade física ou psíquica dos pacientes. Portanto, não há que se falar em nulidade de tal decisum ou violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.*

Por fim, embora a paciente PAULA REGINA FERREIRA tenha filha menor dependente e se reconheça que a prisão dos pais causa reflexos de efeitos negativos aos filhos, a situação exposta nos autos não permite que seja revogada sua prisão temporária, conforme bem delineado pelo órgão ministerial, *in verbis*:

*Por fim, é certo que a concessão de prisão domiciliar em substituição a prisões cautelares é um direito previsto no ordenamento pátrio e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Contudo, consoante bem salientado pela autoridade impetrada, o dispositivo processual penal que trata da prisão domiciliar “**prevê a possibilidade de substituição da prisão preventiva, nada dispondo sobre a prisão temporária**”. Negritei.*

Ademais, como já dito, a prisão temporária, decretada em 17.12.2020, pelo prazo de 05 (cinco) dias, e cumprida no dia 18.12.2020 (ID 150026284, fls. 197/199), atingirá seu termo final na presente data, razão pela qual não há necessidade de conversão em prisão domiciliar, ou mesmo de concessão de medidas cautelares diversas da prisão.

Ademais, não custa ressaltar que, ainda que não subsista o ato impugnado, pelo decurso do prazo da prisão temporária, tomando prejudicado o pedido de liberdade, não induz à perda de objeto do presente writ, pois a questão ora analisada diz respeito à legalidade do decreto de prisão (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, HC - HABEAS CORPUS - 37416 - 0026742-28.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 24/08/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/09/2010 PÁGINA).

Ante o exposto, INDEFIRO o pleito de concessão de provimento liminar.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5034042-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

IMPETRANTE: LUCAS ABRAO QUERINO DOS SANTOS
PACIENTE: GISLENE LOPES DA SILVA

Advogado do(a) PACIENTE: LUCAS ABRAO QUERINO DOS SANTOS - SP288546

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 9ª VARA FEDERAL

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 Lucas Abrão Querino dos Santos, em favor de GISLENE LOPES DA SILVA, contra decisão da 9ª Vara Federal de Campinas/SP, que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva da paciente, em feito no qual lhe foi imputada a prática dos crimes previstos no art. 155, § 4º, II, c.c. art. 14, II, e art. 288, *caput*, todos do Código Penal.

A impetrante sustenta, em síntese, que: (i) a prisão em flagrante é nula, por ausência de audiência de custódia; (ii) a paciente possui bons antecedentes, endereço certo e emprego fixo; (iii) tem filho menor de 12 (doze) anos de idade, dependente exclusivo, nos termos do HC coletivo 143.614/SP, devendo ser determinada a sua prisão domiciliar; (iv) não houve violência ou grave ameaça; (v) o crime de furto não se consumou; (vi) existe questão de calamidade pública por conta da Covid-19.

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 5033848-67.2020.4.03.0000, impetrado por advogado diverso, em favor da paciente na última sexta-feira, dia 18 de dezembro, ao qual este feito foi, inclusive, distribuído por prevenção.

Ao consultar os autos do citado habeas corpus, verifiquei que o pedido de liminar foi indeferido, nesse mesmo dia, sendo que a autoridade impetrada já prestou informações e o Ministério Público Federal já ofereceu parecer, estando aquele feito em termos para julgamento.

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 o impetrante.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Providencie-se o necessário. Cumpra-se.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5034041-82.2020.4.03.0000

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

IMPETRANTE: LAURA SOARES PINTO, ALEXANDRE CARLOS MAGNO MENDES PIMENTEL
PACIENTE: ROGERIO VIEIRA DE SOUZA

Advogados do(a) PACIENTE: LAURA SOARES PINTO - GO35794, ALEXANDRE CARLOS MAGNO MENDES PIMENTEL - GO27743

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 3ª VARA FEDERAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 148/666

DECISÃO

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado por Laura Soares Pinto e por Alexandre Carlos Magno Mendes Pimentel, em favor de ROGERIO VIEIRA DE SOUZA, contra ato que teria sido perpetrado pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS (Dra. Laura Soares Pinto), que, quando da prolação de r. sentença penal condenatória, manteve a segregação cautelar preventiva do paciente.

Consta dos autos, sinteticamente, que o paciente foi preso em flagrante delito pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 334 e 334-A, ambos do Código Penal, art. 56 da Lei nº 9.605/1998 e art. 183 da Lei nº 9.472/1997, cabendo destacar que a autoridade judicante converteu o flagrante em prisão preventiva, bem como indeferiu pleitos de revogação da prisão processual, o que culminou na impetração de prévio *Habeas Corpus* (de nº 5022038-95.2020.403.0000) denegado pela 5ª Turma deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Quando da prolação do r. provimento judicial monocrático meritório, entendeu por bem a magistrada federal manter a segregação cautelar cominada ao paciente, ato apontado como sendo o coator e, nessa medida, passível de ser cassado nesta impetração.

Sustentam os impetrantes, para tanto, o não implemento dos requisitos necessários à manutenção da restrição de liberdade do paciente (ressaltando ser este primário e pai de família), razão pela qual pugnam pela revogação da prisão preventiva, alegando, ademais, que os riscos inerentes à pandemia gerada pelo “COVID-19” também referendariam o afastamento da segregação (sob o pálio da Recomendação nº 62/2020 do E. Conselho Nacional de Justiça) – subsidiariamente, requerem a substituição da prisão preventiva imposta ao paciente por medidas cautelares (ainda que mediante monitoramento eletrônico e com a proibição de se ausentar da comarca e/ou qualquer outra situação tida por viável e cabível no caso vertente).

É o breve relatório. DECIDO.

A ação de *Habeas Corpus* tem pressuposto específico para sua admissibilidade, qual seja, a 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 do paciente, conforme é possível ser inferido da previsão constante do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal (*Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*), e art. 647 do Código de Processo Penal (*Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar*).

Ademais, importante salientar que o ordenamento jurídico pátrio não prevê (ao menos expressamente) a possibilidade de deferimento de medida liminar na via do remédio heroico ora manejado – na verdade, o deferimento de provimento judicial cautelar consiste em criação doutrinária e jurisprudencial que objetiva minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de plano, devendo haver a comprovação, para que tal expediente possa ser concedido, dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

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 das Leis nºs 12.403, de 04 de maio de 2011, e 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Buscou-se estabelecer que a custódia cautelar deve ser interpretada e ser decretada apenas quando não cabível no caso concreto a sua substituição por qualquer outra medida (também de natureza cautelar) dentre aquelas elencadas no art. 319 do Diploma Processual, ressaltando-se que o indeferimento da substituição mencionada deverá se dar de forma justificada, fundamentada e individualizada (inteligência do art. 282, § 6º, de indicado Código, na redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, referendadora de que a prisão cautelar deve ser compreendida como *ultima ratio*). Dentro desse contexto, mostra-se adequada a prisão cautelar quando os postulados que compõem a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) indicarem que a medida excepcional de constrição da liberdade antes da formação da culpa é imperiosa diante do caso concreto.

Por se revestir de natureza cautelar, a prisão preventiva somente poderá ser decretada caso presentes no caso concreto tanto o *fumus boni iuris* (chamado especificamente de *fumus commissi delicti*) como o *periculum in mora* (nominado especificamente de *periculum libertatis*), o que, a teor do art. 312 do Código de Processo Penal (na redação decorrente da edição da Lei nº 13.964/2019), consistem na necessidade de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*) e no fato de que a segregação preventiva tenha como escopo a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o asseguramento da aplicação da lei penal (*periculum libertatis*), ressaltando-se, ademais, a necessidade, nos dias presentes, da demonstração de que a liberdade da pessoa poderá gerar estado de perigo ao meio social. Destacou o legislador, 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 § 1º do art. 312 do Código de Processo Penal), bem como que a decisão que a decretar deverá conter motivação e fundamentação acerca do receito de perigo e da existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida (a teor do disposto no § 2º do art. 312, do Código de Processo Penal).

Sem prejuízo do exposto, ainda que concorrentes no caso concreto os pressupostos anteriormente listados (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), faz-se necessária para a decretação da preventiva que a infração penal imputada àquele que se objetiva encarcerar cautelarmente enquadre-se nos parâmetros trazidos pelo 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, § 1º, do Diploma Processual Penal.

Por outro lado, a segregação cautelar ora em comento não será admitida quando tiver por finalidade exclusiva antecipar o cumprimento de pena ou for medida decorrente de forma imediata da existência de uma investigação criminal ou de apresentação/recebimento de denúncia (art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal). Da mesma forma, 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, ainda, que a privação de liberdade ora em comento pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou em sede de processo penal, a requerimento do órgão acusatório, do querelante, do assistente ou por representação da autoridade policial (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 e fundamentada (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).

Aliás, trouxe à tona o legislador (por meio da edição da Lei nº 13.964/2019) a necessidade de que o juiz, quando da motivação de qualquer medida cautelar (englobando, portanto, a custódia preventiva), indique concretamente a existência de fatos novos/contemporâneos que supedaneariam o expediente (art. 315, § 1º, do Código de Processo Penal), não podendo ser considerada como fundamentada a decisão que: limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase do ato normativo (sem explicar a relação de pertinente com o caso concreto); empregar conceitos jurídicos indeterminados sem deduzir o motivo concreto de incidência ao caso concreto; invocar motivos genéricos e que, assim, poderiam justificar qualquer provimento judicial; não enfrentar os argumentos deduzidos que poderiam infirmar a conclusão do magistrado; limitar a invocar jurisprudência sem identificar o ponto de contato com o caso concreto; ou deixar de aplicar jurisprudência invocada pela parte sem explicar os motivos de sua não aplicação ao caso concreto (art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal).

Consigne-se, ainda, 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, de ofício ou a requerimento, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Ademais, criou o legislador a obrigação de que a custódia cautelar preventiva seja revista pelo órgão julgante a cada 90 (noventa) dias com o desiderato de se analisar a manutenção de sua necessidade, mediante a prolação de nova decisão devidamente fundamentada, sob pena de a detenção tornar-se ilegal (parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal).

DAANÁLISE DO CASO CONCRETO – MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR PREVENTIVA

Colhe-se deste feito que o paciente foi preso em flagrante delito, nos idos de 03 de agosto de 2020, porque teria perpetrado, em tese, os delitos estampados nos arts. 334 e 334-A, ambos do Código Penal, art. 56 da Lei nº 9.605/1998 e art. 183 da Lei nº 9.472/1997, na justa medida em que foram apreendidos, em seu poder (vale dizer, no veículo que conduzia, que, por sua vez, estava equipado com rádio transceptor sem qualquer autorização legal ou regulamentar), 16.000 (dezesesseis mil) maços de cigarro oriundos do Paraguai, 338 (trezentos e trinta e oito) aparelhos celulares, 03 (três) *tablets*, 01 (um) “MP3 Player Bak” e 90 (noventa) quilos do agrotóxico “EMAGROP 10WG”. Importante ressaltar que os policiais que deram reiteradas ordens de parada ao veículo automotor dirigido pelo paciente foram surpreendidos com uma fuga e com a atitude do paciente, que teria “jogado” o carro contra a viatura policial (quase culminando em acidente automobilístico e na exposição a risco daqueles que estavam na via pública). A força pública somente atingiu o desiderato de deter aquele que estava em fuga (o paciente) quando efetuou disparos de arma de fogo, vindo a atingir um dos pneus do automóvel.

Após o regular tramitar processual, sobreveio a prolação de r. sentença (materializada no documento ID 150147507 – págs. 105/129) por meio da qual a autoridade julgante, depois de analisar todos os elementos fático-probatórios amealhados, entendeu por bem que o paciente, de fato, era o autor dos delitos imputados pelo Ministério Público Federal, razão pela qual o condenou nos seguintes termos: (...) 121. *Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva para o fim de: 121.1. CONDENAR o réu ROGÉRIO VIEIRA DE SOUZA DOS SANTOS pela prática dos delitos constantes nos arts. 334 e 334-A, ambos do Código Penal e art. 56 da Lei 9.605/98, em concurso material, à pena de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Fixo o regime SEMIABERTO para o início de cumprimento da pena; 121.2. CONDENAR o réu ROGÉRIO VIEIRA DE SOUZA DOS SANTOS pela prática do delito constante no art. 183 da Lei 9.472/97, à pena de em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção e 12 (doze) dias-multa. Fixo o regime ABERTO como regime inicial de cumprimento de pena (...)* – destaques no original.

Dentro de tal contexto, nota-se cabalmente (a partir do conteúdo da r. sentença – ID 150147507 – págs. 105/129) **a existência de prova afeta a materialidade e indícios suficientes de autoria (aliás, mais até do que meros indícios)**, de molde a permitir pela conclusão do adimplemento do requisito do *fumus comissi delicti*. Sem prejuízo do exposto, no que tange ao cumprimento do requisito afeto ao *periculum libertatis*, depreende-se **a necessidade de se resguardar a ordem pública** por, ao menos, 02 (dois) fundamentos:

(a) O primeiro deles guarda relação com o fato de que o paciente responde a outra Ação Penal, em trâmite perante o MM. Juízo da 11ª Vara Federal de Goiás (Feito nº 0006497-57.2017.4.03.6000), em razão da potencial perpetração das infrações penais capituladas nos arts. 334-A, § 1º, IV, e 289, § 1º, ambos do Código Penal, na forma do art. 69 do mesmo Diploma, aspecto do qual decorre **a constatação de que a perpetração de infrações penais não é fato isolado em sua vida**, havendo que se mencionar, por oportuno, **a diversidade de espécies criminosas que permeia as persecuções penais: moeda falsa, contrabando, descaminho, ambiental e telecomunicações;**

(b) O segundo refere-se a ser assente na jurisprudência o entendimento segundo o qual **não faria sentido deferir ao acusado o direito de recorrer em liberdade quando permaneceu segregado durante toda a persecução criminal se persistentes os motivos para a manutenção da prisão preventiva**, ainda mais em situação concreta em que manifestado o efetivo intento de fuga por parte do paciente (ou seja, o deliberado desejo de evadir-se da aplicação da lei penal) quando instando a parar o veículo que conduzia em mais de uma oportunidade, intento este que **apenas não se concretizou em razão da precuciente atuação policial (que obistou a fuga por meio da danificação do pneu do automotor que tentava se evadir)** – não deve ser esquecido, outrossim, que a tentativa de fuga por parte do paciente teve até mesmo episódio relatado nos autos no sentido de que **poderia ter ocorrido um acidente automobilístico** (decorrente da conduta do paciente de “jogar” o veículo que conduzia contra a viatura policial) com potencial exposição a risco de transeuntes (terceiros completamente alheios ao crime) que se encontravam na localidade.

A propósito do que se mencionou, mostra-se pertinente trazer à colação os julgados abaixo que sufragam a ilogicidade de se permitir que um acusado, que respondeu ao processo em 1º grau detido preventivamente, obtenha liberdade provisória após a exarcação de r. provimento judicial meritório (ainda que passível de recurso) quando presentes os requisitos referendadores da custódia cautelar preventiva (hipótese do feito subjacente):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE ROUBO MAJORADO. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENÇÃO. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I - A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a preservação da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, verificada pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito. Precedentes. II - Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que, permanecendo os fundamentos da custódia cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Precedentes. III - Ordem denegada (STF, HC nº 138.120, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 16.12.2016) - destaque nosso.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AGENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES ILÍCITAS. APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE RESPONDEU AO FEITO ENCARCERADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO FATO. FUNDAMENTO VÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. (...) 9. 'Não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva' (HC 396.974/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017). (...) (STJ, HC 453.891/PR, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018) - destaque nosso.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO A TODA A AÇÃO PENAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. (...) 2. Não há constrangimento ilegal no indeferimento do direito de recorrer em liberdade em hipótese na qual o paciente, condenado à pena, em regime fechado, de 5 anos e 10 meses e 3 anos e 6 meses de reclusão pelos crimes previstos, respectivamente, nos arts. 33, caput, e 35 da Lei 11.343/2006, respondeu preso a toda a ação penal, em especial devido à variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos - 13g de maconha, 56 porções de crack pesando 13g, duas porções de crack pesando 9g e 5 porções de cocaína pesando 1,5g. 3. A existência de édito condenatório enfraquece a presunção de não culpabilidade, de modo que seria incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade. (...) (STJ, HC 376.876/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017) - destaque nosso.

Desta feita, diante do adimplemento dos requisitos previstos no Código de Processo Penal, **mostra-se de rigor a manutenção da prisão preventiva imposta ao paciente ROGERIO VIEIRA DE SOUZA tendo como título o comando contido na r. sentença penal condenatória recorrível**, devendo, assim, se **refutado o pleito subsidiário de substituição da constrição de liberdade por medidas cautelares (introduzidas pela Lei nº 12.403/2011)**, uma vez que elas não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão dos crimes pelos quais o paciente foi condenado (com pechas concretas, inclusive, de reiteração delitiva em sede de contrabando).

Consigne-se, por fim, que a conclusão ora exposta sequer resta abalada pelo fato do paciente ser primário, possuidor de residência fixa e ser pai de família à luz de que, segundo remansosa jurisprudência da lavra do C. Superior Tribunal de Justiça, eventuais condições pessoais benéficas não servem de escudo para o afastamento da segregação cautelar quando presentes os requisitos necessários para tanto – nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COVID-19. AGRAVANTE CONTAMINADO. TRATAMENTO ADEQUADO NA UNIDADE PRISIONAL. BOM ESTADO DE SAÚDE. DECURSO DE TEMPO INDICATIVO DE SUA RECUPERAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 5. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. (...) (STJ, AgRg no HC 605.773/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020) – destaque nosso.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXTREMA DEBILIDADE POR MOTIVO DE DOENÇA GRAVE E DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O TRATAMENTO MÉDICO E A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. (...) 5. A presença de condições pessoais favoráveis não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. (...) (STJ, HC 472.912/RS, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019) – destaque nosso.

A despeito da **manutenção da prisão preventiva cominada ao paciente** (nos termos anteriormente tecidos), cumpre, todavia, salientar que **ela deverá ser cumprida no regime SEMIABERTO** a fim de compatibilizá-la com o regime imposto por força do r. édito penal condenatório recorrível, aplicando, para tanto, entendimento plasmado junto ao C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM ESTABELECIMENTO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E O REGIME MENOS GRAVOSO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) IV - Estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, e ressalvado o entendimento pessoal deste relator, deve o paciente aguardar o julgamento de eventual recurso de apelação em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória. (...) (STJ, HC 488.724/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 02/04/2019) - destaque nosso.

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RÉUS CONDENADOS. REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. COMPATIBILIZAÇÃO DO REGIME PRISIONAL IMPOSTO NA SENTENÇA. SÚMULA 716/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 3. Esta Quinta Turma firmou orientação de que 'não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva' (RHC 56.689/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 23/10/2015). 4. Hipótese em que o Juízo de primeiro grau determinou na sentença condenatória que fosse expedida as guias de execução provisória, em obediência à Súmula 716/STF, razão pela qual se encontra compatibilizada a prisão cautelar com as regras do regime prisional semiaberto fixado na sentença. (...) (STJ, RHC 107.504/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019) - destaque nosso.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N.º 10.826/2003 E 244-B DA LEI N.º 8.069/1990. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O REGIME SEMIABERTO E A PRISÃO PROVISÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A manutenção da segregação cautelar encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, ante o risco concreto de reiteração delitiva, considerando que o Recorrente possui condenações anteriores pela prática dos delitos previstos no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003 e 33 da Lei n.º 11.343/2006. Precedentes. 2. Conforme já decidiu a Suprema Corte, 'permanecendo os fundamentos da custódia cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação' (STF, HC III.521, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe de 22/05/2012). 3. Segundo a orientação pacificada no Superior Tribunal de Justiça, não há incompatibilidade entre a manutenção da prisão cautelar e a fixação do regime semiaberto para o inicial cumprimento de pena. Precedente. (...) (STJ, RHC 103.499/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 06/12/2018) - destaque nosso.

Conclusão: deve ser mantida a custódia cautelar preventiva cominada ao paciente ROGERIO VIEIRA DE SOUZA em razão do implemento dos requisitos previstos no Código de Processo Penal (nos termos anteriormente expostos), porém deverá haver a adequação do modo de seu cumprimento ao regime SEMIABERTO (em razão deste ter sido o regime inicial de cumprimento de pena fixado pela r. sentença penal condenatória recorrível).

DO PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO EM REGIME DOMICILIAR, FUNDADO NA RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 EDITADA PELO E. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, EM VIRTUDE DA PANDEMIA GERADA PELO “COVID-19”

Dispõe o art. 4º da Recomendação n.º 62/2020 editada pelo E. Conselho Nacional de Justiça:

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.

Lendo-a atentamente, a sobredita norma trata-se de uma recomendação exarada pelo C. Conselho Nacional de Justiça para que os magistrados reavaliem as prisões provisórias, priorizando-se os réus que se enquadrem nas situações elencadas, não podendo ser interpretada como o asseguramento de um direito subjetivo à liberdade provisória, tampouco de uma “imposição” à soltura.

Adentrando ao caso concreto, não há notícias de que o paciente seja idoso e tampouco há provas de que ele ostente qualquer deficiência que o enquadre no denominado grupo de risco – aliás, pertinente trazer à baila declarações prestadas por sua pessoa quando da elaboração de documento intitulado Boletim de Vida Progressiva com Formulário de Identificação de Fatores de Risco para “COVID-19” (ID’s 150147506 – págs. 19/22 e 150147506 – págs. 187/190), oportunidade em que o paciente expressamente declarou: (a) não possuir dependente idoso, com deficiência ou enquadrável no grupo de risco para “COVID-19”; (b) não ser possuidor de doença crônica; (c) não estar em atendimento em unidade de saúde; (d) não ser possuidor de qualquer deficiência; (e) não estar em tratamento ou em uso de medicação; e (f) não possuir qualquer sintoma relacionado com o “COVID-19”.

Destaque-se, por oportuno, que não foram acostados aos autos quaisquer documentos e/ou laudos médicos que comprovassem ser ele portador de eventual moléstia. Ademais, a defesa não fez prova de que o estabelecimento prisional em que se encontra recolhido o paciente está com ocupação superior à capacidade, não demonstrando, ainda, a inexistência de assistência médica no ergástulo ou, então, que exista qualquer notícia de contágio ou comprovada disseminação do denominado COVID-19.

Sem prejuízo do exposto, cumpre consignar que em 02 de julho de 2020, em decisão proferida pelo Desembargador Federal Marcelo Granado, do E. Tribunal Regional Federal 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 gerada pelo “COVID-19” e, eventualmente, vir a óbito, é menor do que o da população em geral.

Com efeito, em consulta realizada em 18 de dezembro de 2020 no sítio da internet do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, observa-se que a população carcerária atualmente remonta 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 sítio <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 vieram a óbito (dados atualizados até 18 de dezembro de 2020). Tais informações demonstram que, ainda que se desconsidere a reconhecida subnotificação do número de diagnósticos de infectados pelo “COVID-19” no país, a taxa de infectados na população em geral é de 3,38%, enquanto 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.

Ademais, 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 culmina no isolamento necessário para se evitar a rápida proliferação da doença, conforme orientações da Organização Mundial de Saúde – OMS e do Ministério da Saúde.

Logo, a **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do E. Conselho Nacional de Justiça, não se aplica ao paciente, sendo de rigor INDEFERIR o pleito formulado pelos impetrantes.**

DISPOSITIVO

Assim, à luz das considerações anteriormente tecidas, **DEFIRO PARCIALMENTE a liminar pleiteada** (exclusivamente para que o regime de cumprimento da custódia cautelar cominada ao paciente ROGERIO VIEIRA DE SOUZA seja adequado para o regime semiaberto). **Oficie-se à autoridade judicial apontada como coatora para que cumpra o ora determinado.** Após, **encaminhe-se o feito à Relatoria já designada, resguardando-se sua competência para o exame das providências pertinentes ao processamento deste remédio constitucional.**

P.I.C.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 6ª TURMA

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5033988-04.2020.4.03.0000

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

RECORRENTE: CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS

Advogado do(a) RECORRENTE: CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS - SP346140-A

RECORRIDO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de pedido de tutela provisória de urgência, em caráter incidental, formulado por CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS, objetivando seja determinado que os testes para diagnosticar o coronavírus sejam enviados aos Estados e Municípios que apresentaram requerimentos de testes, ou que, de outra forma, necessitem, ou, ainda, o envio a hospitais públicos ou privados que precisem para o teste em seu grupo de risco (profissionais de saúde, idosos, crianças e grupo de risco – comorbidade).

Na origem, o requerente ajuizou pedido cautelar de urgência em ação popular em face do Ministro da Saúde e da União Federal, objetivando provimento jurisdicional que condene a parte ré na obrigação de fazer substanciada no envio aos Estados e Municípios dos testes para o Covid-19, armazenados em Guarulhos, ou que de outra forma necessitem, ou envio a hospitais públicos ou privados que necessitem para teste em grupos de risco (profissionais de saúde, idosos, crianças e pessoas com comorbidades).

A r. sentença indeferiu a petição inicial e extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fulcro nos incisos I e VI, do artigo 485, do Código de Processo Civil, por inadequação da via eleita, já que não há nos autos comprovação de qualquer lesão ao patrimônio público ou indícios concretos de que a medida gerará prejuízo à população.

O requerente interpôs apelação, ainda em processamento (ID 43694195, na origem).

Sustenta, em síntese, que teve ciência pela imprensa, em 22 de novembro de 2020, acerca da existência de 6,8 milhões de testes para diagnosticar o coronavírus, mantidos estocados no município de Guarulhos, os quais estariam em vias de perder a validade entre dezembro deste ano e janeiro de 2021. Alega, ainda, que o valor da compra, segundo dados apurados pela imprensa, é de 764 milhões de reais, enquanto que a realidade de pessoas contaminadas no país é de 6 milhões de pessoas, sendo que menos de 5 milhões foram testadas. Informa que o Brasil é um dos países que menos realiza testes para a Covid-19 e cita que a existência de testagem em massa em outros países permitiu um maior controle da pandemia com adoção de medidas mais assertivas. Aduz, mais, que o fato de a parte ré não distribuir os testes atenta contra o princípio da eficiência e da moralidade, diante dos elevados gastos e a necessária destinação prática dos recursos, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal e da Lei nº 4717/65.

Decido.

A teor do que dispõe o artigo 71, *caput*, do Regimento Interno desta Corte, ficam suspensas as atividades deste Tribunal, ressalvadas as medidas urgentes necessárias a evitar o perecimento do direito da parte.

Ademais disso, o artigo 214, incisos I e II, assim como o artigo 215, incisos I a III, ambos do Código de Processo Civil, trazem excepcionalidades com relação aos feitos que deverão ser processados durante as férias forenses, assim considerado o recesso.

E, conforme previsto na Resolução nº 71/2009 do CNJ, *in verbis*:

"Art. 1º O plantão judiciário, em primeiro e segundo grau 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)

I – pedidos de habeas corpus e mandados de segurança em que figurar como coator autoridade submetida à competência jurisdicional do magistrado plantonista; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

II – medida liminar em dissídio coletivo de greve; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

III – comunicações de prisão em flagrante; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

IV – apreciação dos pedidos de concessão de liberdade provisória; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

V – em caso de justificada urgência, de representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

VI – pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, desde que objetivamente comprovada a urgência; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

VII – medida cautelar, de natureza cível ou criminal, que não possa ser realizada no horário normal de expediente ou de caso em que a demora possa resultar risco de grave prejuízo ou de difícil reparação; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

VIII – medidas urgentes, cíveis ou criminais, da competência dos Juizados Especiais a que se referem as Leis nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e nº 10.259, de 12 de julho de 2001, limitadas às hipóteses acima enumeradas. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

IX – medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006, independentemente do comparecimento da vítima ao plantão, sendo suficiente o encaminhamento dos autos administrativos pela Polícia Civil. (Incluído pela Resolução nº 353, de 16/11/2020)”

Deste modo, verifico que o pedido formulado nestes autos reveste-se da apontada extraordinariedade e urgência de molde a antecipar seu conhecimento excepcional no Plantão Judiciário.

Há de se verificar no caso, se estão presentes os requisitos para a concessão de antecipação da tutela.

Acerca da tutela de urgência, assim dispõe o artigo 300 do Código de Processo Civil:

"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."

O convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação há de decorrer da existência de "prova inequívoca" nesse sentido. Essa, por sua vez, consubstancia-se em requisito à antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

A ação popular é o meio processual a que tem direito qualquer cidadão que deseje questionar judicialmente a validade de atos que considera lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal e o artigo 1º, caput, da Lei nº 4.717/65, descrevem as hipóteses que podem ensejar a propositura desta ação.

Dispõe o inciso LXXIII, do art. 5º, da CF, que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

Está regulada pela Lei nº 4.717/65 que dispõe em seu artigo 1º que "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos".

Ressalte-se que a ação popular exige três requisitos necessários ao seu ajuizamento: (1) que o autor seja cidadão brasileiro, ou seja, esteja no gozo de seus direitos cívicos e políticos; (2) que o ato a ser invalidado seja ilegal, isto é, contrário ao Direito e; (3) que o ato a ser invalidado seja lesivo ao patrimônio público.

No caso concreto, como asseverado pela r. sentença monocrática, não restou comprovado qualquer ato lesivo ao patrimônio público, *in verbis*:

"No caso concreto, o autor se insurge quanto ao armazenamento dos testes rápidos para detecção do Covid-19, na cidade de Guarulhos, noticiado pela imprensa em meados do mês de novembro de 2020, ressaltando que a data de validade dos referidos testes se encerrará entre dezembro de 2020 a janeiro de 2021 e, diante disso pretende seja determinado por este Juízo à parte ré que proceda com distribuição aos Estados e Municípios ou aos hospitais particulares ou públicos, a fim de atender à população.

Com efeito, não se vislumbra o alegado dano ao patrimônio ou lesão aos cofres públicos, ou a ilegalidade, até o ajuizamento da presente demanda, requisitos estes indispensáveis para a propositura da ação popular.

A ilegalidade não se comprova, uma vez que os órgãos públicos competentes estão adotando as medidas de distribuição, conforme os termos já delineados na manifestação da parte ré (Num. 42793532 - Pág. 7):

Embora a União seja a responsável exclusiva pelo recebimento, armazenamento e distribuição dos testes rápidos a todos os estados do país, a fim de que as medidas sanitárias sejam tomadas de maneira coordenada e efetiva para o enfrentamento da Covid19, são os Estados quem avaliam as quantidades de amostras que vêm recebendo e requerem o adicional de testes dentro do Sistema de Insumos Estratégicos em Saúde - SIETS, conforme fluxo habitual.

Em outras palavras, cabe aos Estados avaliar as quantidades de testes que vêm recebendo, estando dentro de sua discricionariedade a solicitação de envio de mais testes por meio do Sistema de Insumos Estratégicos em Saúde – SIETS [...]

Ora, do que se extrai dos autos, é que o armazenamento dos testes é difícil, na medida em que se necessita de infraestrutura adequada com refrigeração a -20°C (vinte graus negativos), num espaço amplo, pois segundo informações da defesa prévia, os testes são volumosos.

Neste aspecto, tenho que não há como o Poder Judiciário se imiscuir na logística de distribuição dos testes, ato exclusivamente do Poder Executivo, sob pena de afronta ao Princípio da Separação de Poderes.

Noutro giro, a pretensão deduzida na presente demanda se pauta em lesividade ao patrimônio público, entretanto, o que se denota é uma presunção de prejuízo ao erário, a partir de noticiários da imprensa, no sentido de que os testes estariam vencendo.

Nesse diapasão, especificamente em relação ao vencimento dos testes, medidas administrativas foram adotadas junto ao fabricante do produto pelo Departamento de Articulação Estratégica de Vigilância em Saúde da Secretaria da Vigilância em Saúde, viabilizando um estudo de estabilidade estendida de utilização para mais 04 (quatro) meses, sendo que os referidos estudos estavam em vias de ser encaminhados à Anvisa para prolongamento da validade, sem prejuízo de qualidade ou perda do produto..."

Assim, nesta fase de análise preliminar, verifico que não restou configurada, no caso, a prática de qualquer ato lesivo ao patrimônio público, passível de anulação por meio da via processual eleita.

A propósito:

"constitucional. PROCESSUAL CIVIL. ação popular: remessa necessária. artigo 19 da lei N. 4.717/65. indeferimento da petição inicial. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO.

1. *Trata-se de ação popular, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por CARLOS EDUARDO BARRETO, em face da EDP SÃO PAULO DISTRIBUIDORA DE ENERGIA e da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, objetivando, em síntese, a suspensão do reajuste tarifário da Resolução Homologatória n.º 2.469 da ANEEL, de 16 de outubro de 2018.*
 2. *Aduziu a parte autora que a população de Guarulhos foi surpreendida com o aumento da tarifa de energia elétrica em 15,13% para consumidor residencial (baixa tensão) e 17,84% para clientes de alta tensão, conforme determinado pela ANEEL na Resolução Homologatória n.º 2.469, de 16/10/18.*
 3. *Após a análise do feito, o MM.Juízo da 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP julgou extinto o processo sem resolução do mérito, com o indeferimento da petição inicial, por falta de interesse processual, decorrente da inadequação da via eleita, nos termos do artigo 485, I e IV, c/c artigo 330, III, do Código de Processo Civil, sem custas e sucumbência, segundo o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.*
 4. *Da leitura da petição inicial, pode-se inferir que a questão em análise não trata de anulação de ato lesivo ao patrimônio público, ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.*
 5. *Impossibilidade de propositura de ação popular para proteger todo e qualquer direito, sob pena de banalização dessa ação de cunho constitucional e, por consequência, fragilização desse meio de exercício da democracia participativa.*
 6. *Muito embora a ação popular também esteja subordinada às regras do microsistema de tutela coletiva, ela não é sucedânea de ação civil pública ou ação individual de ressarcimento ou compensação de algum dano.*
 7. *Não se vislumbrando qualquer lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico ou cultural, a ação popular não se revela como instrumento adequado para tutelar o direito alegado pelo autor popular.*
 8. *Inadequação da via eleita para o provimento da tutela jurisdicional pretendida pelo autor.*
 9. *Reexame necessário improvido.*
- (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RecNec - REEXAME NECESSÁRIO, 5006967-97.2018.4.03.6119, Rel. Juiz Federal Convocado ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO, julgado em 16/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/05/2019)*

Desse modo, não se verifica evidente a verossimilhança a justificar o deferimento da tutela excepcional pretendida.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de tutela provisória de urgência.**

Comunique-se ao Juízo de origem.

No mais, ao término do plantão judiciário, determino o encaminhamento dos autos para o eminente Relator, Desembargador Federal Johansom Di Salvo, para sua apreciação.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033571-51.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: SIMONE EVELISE BRASIL

PROCURADOR: LAURA DEVITO CAVALEIRO DE MACEDO

Advogados do(a) AGRAVANTE: LAURA DEVITO CAVALEIRO DE MACEDO - SP333064-A, PAULA TATEISHI MARIANO - SP270104-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SAO PAULO

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SIMONE EVELISE BRASIL contra decisão proferida em sede de Ação Ordinária de Obrigação de Fazer C/C Pedido de Concessão de Tutela de Urgência para Fornecimento de Medicamentos, em face da UNIÃO FEDERAL, do Estado de São Paulo e do Município de Campinas/SP, objetivando seja reconhecido o descumprimento da obrigação por parte dos Agravados, bem como determinado o imediato cumprimento da medida.

Requer, em síntese, seja deferido o efeito ativo ao presente agravo de instrumento para declarar, liminarmente, a inadimplência dos Agravados, a imediata ordem para cumprimento da obrigação e a majoração do teto fixado para a multa diária.

Seja dado provimento ao presente recurso a fim de reformar a r. decisão agravada, confirmando-se o efeito ativo deferido reconhecendo-se a inadimplência dos Agravados, determinando o imediato cumprimento da obrigação, bem como majorando o teto fixado para a multa diária.

Decido.

A teor do que dispõe o artigo 71, *caput*, do Regimento Interno desta Corte, ficam suspensas as atividades deste Tribunal, ressalvadas as medidas urgentes necessárias a evitar o perecimento do direito da parte.

Ademais disso, o artigo 214, incisos I e II, assim como o artigo 215, incisos I a III, ambos do Código de Processo Civil, trazem excepcionalidades com relação aos feitos que deverão ser processados durante as férias forenses, assim considerado o recesso.

E, conforme previsto na Resolução nº 71/2009 do CNJ, *in verbis*:

"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)

I – pedidos de habeas corpus e mandados de segurança em que figurar como coator autoridade submetida à competência jurisdicional do magistrado plantonista; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

II – medida liminar em dissídio coletivo de greve; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

III – comunicações de prisão em flagrante; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

IV – apreciação dos pedidos de concessão de liberdade provisória; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

V – em caso de justificada urgência, de representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

VI – pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, desde que objetivamente comprovada a urgência; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

VII – medida cautelar, de natureza cível ou criminal, que não possa ser realizada no horário normal de expediente ou de caso em que da demora possa resultar risco de grave prejuízo ou de difícil reparação; (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

VIII – medidas urgentes, cíveis ou criminais, da competência dos Juizados Especiais a que se referem as Leis nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e nº 10.259, de 12 de julho de 2001, limitadas às hipóteses acima enumeradas. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

IX – medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006, independentemente do comparecimento da vítima ao plantão, sendo suficiente o encaminhamento dos autos administrativos pela Polícia Civil. (Incluído pela Resolução nº 353, de 16/11/2020)"

Desse modo, verifico que o pedido formulado nestes autos se reveste da apontada extraordinariedade e urgência de molde a antecipar seu conhecimento excepcional no Plantão Judiciário Presencial.

Há de se verificar, *in casu*, se presentes os requisitos para a concessão de antecipação da tutela requerida na inicial.

Cuida-se, originariamente, de ação objetivando fornecimento do medicamento 'Abemaciclibe 50 mg', para uso diário, nos termos prescritos pelo médico que acompanha o tratamento da doença da agravante.

ID 38326862: a princípio foi deferida a tutela de urgência para que as rés forneçam o medicamento descrito no receituário médico: ABEMACICLIBE 50 mg no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R\$500,00 em 11/09/2020.

ID 41430361: em 06/11/2020 a agravante informou que decorridos mais de 45 dias da citação das agravadas, ainda não houve o fornecimento do fármaco pleiteado.

Diante do informado foi proferida a seguinte decisão (ID 42162602):

“Trata-se de ação ajuizada em face da União, do Estado e do Município de Campinas, que tem por objeto o fornecimento do medicamento Abemaciclibe 50 mg, para uso diário, nos termos prescritos pelo médico que acompanha o tratamento de sua doença.

A tutela de urgência foi deferida, nos termos da decisão ID 38326862.

O Estado e a União interpuseram Agravos de Instrumento n. 5026586-66.2020.4.03.0000 e n. 5030348-90.2020.4.03.0000, respectivamente, aos quais foi negado provimento, conforme as decisões anexadas aos autos (ID 39239155 e ID 41734103).

Os réus apresentaram contestação.

Em petição ID 41430361, protocolada em 06/11, a autora informa ao Juízo que o Município, réu informou que “seriam necessários mais de 60 dias para fornecimento do medicamento”.

Verifica-se dos autos que essa informação foi prestada em petição ID 39522644, onde o Município de Campinas também relata que não pode arcar com o custo anual do tratamento da autora no importe de R\$ 165.457,44. Porém, requereu dilação de prazo de 90 dias para finalizar o procedimento de compra pública emergencial do medicamento (ID 39522939).

A União, por sua vez, impugna o documento apresentado pela autora (ID 38829166), que diz respeito à informação da quantidade de frascos diários da substância, determinada na decisão, especificamente pela ausência de data no relatório médico (ID 40134106).

Observa-se, do documento anexado (ID 40134121), que em consulta ao SEI, o processo se encontra parado na CGJUD desde o dia 02/10/2020. Vê-se, ainda, que houve a recomendação da Advogada da União da Divisão de Saúde Pública na PRU3 no sentido de dar máxima prioridade na entrega da medicação à autora, ou depósito do valor correspondente. A União ainda fornece endereço funcional do Ministério da Saúde, responsável pela aquisição de medicamentos em atendimento a ordens judiciais (ID 40134106).

Assim, há evidências nos autos de que, a partir da decisão que deferiu a tutela de urgência, os corréus Município e União demonstraram providências com vistas à concretização da medida, que serão adiante melhor analisadas, pelo que afasto a responsabilidade, por ora, no atraso de seu cumprimento, visto que se trata de medicamento não disponível na rede pública de saúde.

Sendo assim, concedo aos réus o prazo derradeiro de 30 dias, ante o tempo decorrido e a gravidade da doença e do seu estágio, para o fornecimento do medicamento à autora, a quem determino que, no prazo de 03 (três) dias, apresente receita médica atual, contendo, especificamente, a quantidade de frascos necessária para o tratamento mensal.

Em caso de descumprimento, arbitro multa diária de R\$1.000,00 para cada um dos entes públicos, União Federal, Estado de São Paulo e Município de Campinas, no limite de R\$ 20.000,00 para cada ente, a partir do 1º dia após aquele prazo. Adianto que quaisquer problemas técnicos que envolvam o cumprimento, deverão ser comunicados a este Juízo, imediatamente.

Vista à parte autora das contestações dos réus.

Apresentada pela autora receita médica atual (com data), inicia-se o prazo de 30 dias concedidos aos réus para o fornecimento do medicamento.

Intimem-se.”

ID 43277435: a autora requereu a juntada da receita médica atual, contendo, especificamente, a quantidade de frascos necessária para o tratamento mensal, conforme determinação judicial em 11/12/2020.

Alega a agravante que já se passaram mais de 90 (noventa) dias do provimento jurisdicional inicial (ID 38326862), publicado em D.O.E em 16/09/2020.

Requer seja reconhecida a inadimplência dos Agravados, determinando o imediato cumprimento da obrigação.

Contudo, conforme determinou o magistrado *a quo*, o prazo de 30 (trinta) dias se iniciaria a partir da apresentação da receita médica pela agravante, o que ocorreu em 11/12/2020.

Portanto, não se esgotou o prazo arbitrado na decisão proferida no feito de origem, o qual entendo ser razoável.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de antecipação da tutela**, sem prejuízo de eventual revisão pelo Relator.

Comunique-se a presente decisão ao MM. Juízo *a quo*.

Intimem-se as agravadas nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Intimem-se.

Após, ao término do plantão judiciário, encaminhem-se os autos ao Exmo. Desembargador Federal Relator.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034001-03.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: E. C. I. S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RODRIGO ANTONIO DIAS - SP174787-A, ANALI CAROLINE CASTRO SANCHES MENNA BARRETO - SP273768-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

Ficam intimadas as partes acerca do despacho/decisão (ID), com o seguinte dispositivo:

"Vistos.

A teor do disposto no artigo 1007, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, providencie o agravante, no prazo de 05(cinco) dias, sob pena de deserção, o recolhimento em dobro das custas de preparo, nos termos da Resolução PRES nº 138 de 06 de julho de 2017, desta E. Corte, que dispõe sobre o recolhimento de custas no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região."

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034019-24.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: TRISOFT TEXTIL LTDA, TRISOFT MANTAS DE POLIESTER LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCIO SEVERO MARQUES - SP101662-A, FERNANDO AUGUSTO MARTINS CANHADAS - SP183675-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCIO SEVERO MARQUES - SP101662-A, FERNANDO AUGUSTO MARTINS CANHADAS - SP183675-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

A teor do disposto no artigo 1007, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, providencie o agravante, no prazo de 05(cinco) dias, sob pena de deserção, o recolhimento em dobro das custas de preparo, nos termos da Resolução PRES nº 138 de 06 de julho de 2017, desta E. Corte, que dispõe sobre o recolhimento de custas no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034031-38.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: PGV - TRANSPORTES E SERVICOS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: ARTHUR CASTILHO GIL - SP362488-A

AGRAVADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SANTOS//SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

A teor do disposto no artigo 1.007, § 4º, do Código de Processo Civil, providencie a parte agravante, sob pena de deserção, o recolhimento em dobro das custas de preparo, nos termos da Resolução PRES n. 138, de 06 de julho de 2017, desta E. Corte, que dispõe sobre o recolhimento de custas no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Int.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE (12134) Nº 5033135-92.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

REQUERENTE: CLEONICE BENEDITA TIMOSSI RAPOSO

Advogado do(a) REQUERENTE: ALINE TIMOSSI RAPOSO - SP286433-A

REQUERIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Cuida-se de pedido de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto nos autos do mandado de segurança de nº 5008133-98.2020.4.03.6183, formulado por CLEONICE BENEDITA TIMOSSI RAPOSO, a fim de que se assegure o cumprimento do acórdão proferido pela Câmara de Julgamento do INSS, no âmbito do PA n. 44233.177425/2017-02. Alega a parte autora haver demora injustificada na sua conclusão.

A r. sentença a quo julgou improcedente o pedido.

É o relatório.

Nos exatos termos do artigo 1.019, inciso I, do Estatuto Processual Civil em vigor, passo a apreciar, no presente momento, o pedido de efeito suspensivo deste agravo de instrumento.

Com efeito, no caso presente verifica-se que a agravante aguarda há muito mais do que 45 (quarenta e cinco) dias para cumprimento do Acórdão proferido pela 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social (pela APS responsável).

A demora na análise do processo administrativo por parte do INSS (ou do cumprimento do julgado administrativo), ofende cabalmente a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99), que, em seu artigo 49, é expressa no seguinte:

“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.”

Em assim sendo, devendo a Administração Pública Federal obedecer ao princípio da legalidade estrita, nos termos do artigo 37 da Constituição da República, em se extrapolando, injustificadamente, tal prazo, é direito líquido e certo do cidadão de obter uma resposta definitiva do órgão público competente. Patente, pois, *in casu*, o **fumus boni iuris**.

Demais disso, em se tratando de benefício previdenciário, de caráter alimentar, a sua concessão se faz urgente para a sobrevivência da ora agravante. Perfaz-se, então, dessarte, o **periculum in mora**.

Deste modo, dado o muito provável provimento futuro do recurso de apelação, ainda que parcialmente, baseado na Jurisprudência pátria dominante (*fumus boni iuris*), cabível a concessão em parte, *in casu*, do efeito suspensivo à apelação.

Ante o exposto, **concedo a tutela provisória de urgência** para, até julgamento do recurso de apelação em epígrafe, suspender os efeitos da r. sentença de primeiro grau, para seja o INSS obrigado a proceder à análise/conclusão do referido processo administrativo (ressalvada a hipótese de eventual cabimento de recurso administrativo), no prazo máximo de 15 dias, sob pena de multa diária pelo atraso, fixada em R\$ 200,00 (duzentos reais).

Comunique-se o teor da presente decisão ao juízo de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe.

São Paulo, 16 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033158-38.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: ORTOSPINE COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE MATERIAL HOSPITALAR LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: UBALDO JUVENIZ DOS SANTOS JUNIOR - SP160493-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ORTOSPINE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MATERIAL HOSPITALAR LTDA. em face de decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* em sede de mandado de segurança, impetrado com pedido de liminar para suspender os atos administrativos consubstanciados na Resolução RE n. 2.630, de 08 de julho de 2020 e na Resolução RE n. 3.855, de 24 de setembro de 2020, de modo a permitir que a impetrante importe e distribua os produtos discriminados no ato administrativo, e fabricados pela ImplantCast até o julgamento final da demanda. A decisão agravada postergou a apreciação do pedido de liminar para momento após a vinda das informações da autoridade impetrada.

Inconformada com a decisão, a agravante interpôs o presente recurso, aduzindo, em síntese, que os produtos importados possuem garantia de qualidade internacional, seguem rigoroso protocolo de boas práticas de fabricação e nunca foram objetos de relatório sanitário contendo eventos adversos ou indícios de problemas para que seja, cautelarmente, suspensa a sua importação. Sustenta, ainda, que a demora na apreciação e concessão da liminar trará efeitos imediatos no mundo fenomênico e poderá resultar na ineficácia da medida. Alega afronta ao rito processual prescrito na Lei n. 9.784/1999 (artigo 2º, inciso X) e na própria Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA que estabelece sobre os procedimentos de interposição do recurso administrativo sobre as decisões exaradas pela agência reguladora (art. 3º da RDC n. 266 de 8 de fevereiro de 2019).

Requer seja concedida a tutela antecipada recursal para suspender os atos administrativos consubstanciados na Resolução RE n. 2.630, de 08 de julho de 2020 e na Resolução RE n. 3.855, de 24 de setembro de 2020, de modo a permitir que a agravante importe e distribua os produtos fabricados pela ImplantCast até o julgamento final do presente recurso.

Decido.

Custas recolhidas.

A teor do que dispõe o artigo 71, *caput*, do Regimento Interno desta Corte, ficam suspensas as atividades deste Tribunal, ressalvadas as medidas urgentes necessárias a evitar o perecimento do direito da parte.

Ademais disso, o artigo 214, incisos I e II, assim como o artigo 215, incisos I a III, ambos do Código de Processo Civil, trazem as excepcionalidades com relação aos feitos que deverão ser processados durante as férias forenses, assim considerado o recesso.

Deste modo, verifico que o pedido formulado nestes autos reveste-se da apontada extraordinariedade e urgência de modo a antecipar seu conhecimento excepcional no Plantão Judiciário Presencial.

Verifico, pela análise dos autos, que o MM. Juízo *a quo*, na decisão agravada, não deliberou acerca do pedido da parte autora.

A apreciação do pedido nesta esfera recursal pressupõe decisão anterior no Juízo de Primeiro Grau, sob pena de transferir para esta Corte discussão originária sobre questão a propósito da qual não se deliberou no Juízo monocrático, caracterizando evidente hipótese de supressão de instância.

Nesse sentido, trago à colação:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 1021 DO CPC/15. DECISÃO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DA LIMINAR PARA APÓS A VINDA DAS INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE IMPETRADA. DESPACHO QUE NÃO POSSUI CUNHO DECISÓRIO A JUSTIFICAR INTERPOSIÇÃO DO INSTRUMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A parte não tem nenhum direito subjetivo à obtenção de uma medida liminar; de outro lado, o Juiz tem todo o direito de ouvir o réu antes de apreciar o pedido de liminar quando entender necessário, porque a sua função constitucional é atribuir jurisdição o mais correta possível, e não atender a "pressa" de qualquer das partes; mesmo porque as medidas inaudita et altera pars devem ser a exceção, e não a regra, em face do princípio do contraditório que emerge da Constituição.

2. À míngua da existência de efetiva decisão, não há requisito recursal que autorize o manejo do agravo (sucumbência).

3. Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO, 5011305-07.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 20/09/2019, Intimação via sistema DATA: 23/09/2019)

"PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE POSTERGOU APECIAÇÃO DE PEDIDO PARA APÓS A VINDA DAS INFORMAÇÕES. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE ANÁLISE DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. EMISSÃO DE ORDEM PARA JUIZ APRECIAR LIMINAR. DESCABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Tendo o MM. Juiz de primeiro grau postergado a apreciação do pedido de afastamento da exigência do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras para após a vinda das informações da autoridade coatora, não é possível postular-se, por meio de agravo de instrumento, que o Tribunal examine, originariamente, tal pedido, em razão da competência recursal desta Corte, na qual lhe cabe a função de reexaminar temas que tenham sido decididos na primeira instância.

2. Quanto ao pleito de emissão de ordem para que o juiz de primeira instância aprecie, independentemente da vinda das informações da autoridade coatora, o mérito do mandado de segurança, a agravante não logrou demonstrar, no presente recurso, que não pode, sem prejuízo da efetividade da medida, aguardar a vinda da resposta do impetrado.

3. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO, 5002855-80.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 22/03/2018, Intimação via sistema DATA: 23/03/2018)

"PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. DECISÃO QUE POSTERGA A APECIAÇÃO. DESPACHO IRRECORRÍVEL.

1. O Magistrado é o condutor do processo, a ele cabendo determinar todas as medidas necessárias à efetivação da tutela jurisdicional.

2. Nesse prisma, com base no princípio da persuasão racional e do livre convencimento motivado, o Juiz pode indicar provas a serem produzidas, determinar a manifestação das partes e adiar eventual decisão a ser proferida para o momento mais oportuno a fim de que possa melhor fundamentar a sua convicção.

3. No entanto, tal decisão não se reveste de nenhum caráter decisório, mas tão somente dá andamento ao feito, o que a caracteriza como despacho de mero expediente, não recorível.

4. Ainda que assim não fosse, certo é que eventual análise do pedido de antecipação de tutela por este Tribunal Regional Federal configuraria verdadeira supressão de instância, pois não houve sequer análise no primeiro grau.

5. Agravo não conhecido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO, 5017764-93.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 09/02/2018, Intimação via sistema DATA: 16/02/2018)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE TUTELA NÃO APRECIADO NO JUÍZO "A QUO". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. I - A decisão recorrida negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo autor; da decisão proferida no juízo a quo, que postergou a análise do pedido de tutela para o obter o restabelecimento de auxílio-doença, para o momento da sentença. II - O Juiz de Primeira Instância, na decisão agravada, não deliberou acerca do pedido do autor; tendo apenas diferido a análise do pleito para o momento da prolação da sentença. III - A apreciação do pedido nesta esfera recursal, pressupõe anterior decisão no Juízo de Primeira Instância, sob pena de transferir para esta Corte discussão originária sobre questão a propósito da qual não se deliberou no Juízo monocrático, caracterizando evidente hipótese de supressão de instância. IV - Não merece reparos a decisão recorrida, posto que calcada em precedentes desta E. Corte. V - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator; desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação. VI - Agravo não provido. (TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 408462 - 0016933-77.2010.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE, julgado em 28/02/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/03/2011 PÁGINA: 619)

Assim, o pedido formulado pela parte autora acerca da concessão da liminar deve ser primeiro analisado no Juízo *a quo*, de modo que sua apreciação nesta esfera não gere ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Ante o exposto, **não conheço do agravo de instrumento**, a teor do disposto no artigo 932, III, do CPC de 2015.

No mais, ao término do plantão judiciário, determino o encaminhamento dos autos à Excelentíssima Desembargadora Federal Diva Malerbi, Relatora do feito, para apreciação.

Int.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013841-59.2017.4.03.0000

AGRAVANTE: ANA SERTORI DURAO, AS DURAO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ANA SERTORI DURAO e A. S. DURAO (MASSA FALIDA) contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade, indeferindo a exclusão do representante legal da empresa executada, firma individual, do polo passivo da ação, por entender não operada a prescrição intercorrente.

Sustentam os agravantes, em síntese, a prescrição do crédito tributário em face da sócia da empresa executada, visto que transcorridos mais de cinco anos entre a constituição definitiva do crédito tributário (ocorrida em 2000) e a citação da sócia agravante (efetivada em novembro de 2015, a teor do art. 174 do CTN, em sua antiga redação, aplicável ao caso, visto que a ação foi ajuizada em abril de 2000). Alegam que a exequente se manteve inerte em relação à falta de citação da Executada e que a falta de provocação para citação desta e dos agravantes, dentro do prazo prescricional, consumou a prescrição dos débitos. Frisam que a falência da executada não interrompe o curso do prazo prescricional.

Alegam ainda que ser indevido o redirecionamento do feito à agravante, visto que não comprovadas as hipóteses do art. 135, III, do CTN. Aduzem ainda que a empresa executada tem personalidade jurídica distinta da de seus sócios, e que a responsabilidade patrimonial da sociedade é inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Entendem que não basta ser sócio da sociedade devedora para que seus bens particulares possam ser executados em prol da Embargada, sendo necessário que a pessoa indicada tenha praticado atos de administração dentro da sociedade. Ressalta que o atraso na quitação de obrigações tributárias não configura infração à lei para os fins do art. 135, III, do CTN, sendo necessária a prévia comprovação da existência de dolo, fraude, conluio ou sonegação na conduta do administrador da pessoa jurídica, claramente voltada para o descumprimento de seus deveres sociais. Alegam ainda que a jurisprudência recente orienta-se no sentido de que a situação de falência da pessoa jurídica impossibilita a responsabilidade dos sócios de uma empresa executada por supostos débitos fiscais, nos moldes do art. 135 do CTN.

Apontam ser confiscatória a multa de 30% aplicada, cujo valor é de evidente irrazoabilidade e confisco, devendo ser cancelada.

Requerem a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do agravo de instrumento, reformando-se a decisão agravada. Requer, ainda, a condenação da Agravada ao pagamento de honorários advocatícios, em favor dos patronos do Agravante.

Em contrarrazões (ID 1259906), a agravada pugna pelo desprovimento do recurso, aduzindo que a titular da empresa individual se confunde com a própria pessoa natural, não havendo que se falar em sua inclusão no pólo passivo.

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

A questão vertida nos autos consiste na análise, em exceção de pré-executividade, acerca da possibilidade de redirecionamento da execução fiscal em face da titular da firma individual executada (massa falida), da ocorrência da prescrição para o redirecionamento e da aplicabilidade da multa fixada em 30%.

Conforme se verifica das peças que instruem estes autos (decisão agravada, ID 924636 - Pág. 147/152, integrada pela decisão de ID 924636 - Pág. 165), a execução fiscal foi ajuizada em 19.07.2000 em face da empresa individual AS DURAO (CDA, ID 924636 - Pág. 48/57), para cobrança de crédito tributário com vencimento em 1996 e 1997. Determinada a citação da executada, em 26.09.2001, o Oficial de Justiça certificou haver deixado de cumprir o mandado de penhora sobre bens da executada, tendo em vista a abertura de processo de falência contra a pessoa jurídica, em 24.06.1999 (sentença de ID 924636 - Pág. 131), encerrado em 10.03.2008 (ID 924636 - Pág. 61 e 63). Em 01.09.2010, a exequente requereu a constatação do funcionamento da executada por oficial de justiça (ID 924636 - Pág. 66); e, em face da certidão do oficial de justiça, em 11.11.2015, requereu a inclusão do titular da executada no polo passivo da ação (ID 924636 - Pág. 81/82), juntando aos autos Ficha Cadastral da JUCESP em que consta averbado o encerramento da falência da executada, em 10.03.2008 (ID 924636 - Pág. 83/84). Deferida a inclusão da titular no polo passivo da lide (ID 924636 - Pág. 86/87), Ana Sertori Durão e AS Durão (Massa Falida) opuseram exceção de pré-executividade, alegando a ocorrência da prescrição, ilegitimidade passiva da sócia e nulidade da multa fixada em 30% (ID 924636 - Pág. 93/123), impugnada pela exequente (ID 924636 - Pág. 134/139).

Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento no sentido de que *"a empresa individual é mera ficção jurídica que permite à pessoa natural atuar no mercado com vantagens próprias da pessoa jurídica, sem que a titularidade implique distinção patrimonial entre o empresário individual e a pessoa natural titular da firma individual"* (REsp 1.355.000/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 10/11/2016), bem como de que *"o empresário individual responde pelas obrigações adquiridas pela pessoa jurídica, de modo que não há distinção entre pessoa física e jurídica, para os fins de direito, inclusive no tange ao patrimônio de ambos"* (AREsp 508.190, Rel. Min. Marco Buzzi, Publicação em 4/5/2017), *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. REDIRECIONAMENTO.

1. A controvérsia cinge-se à responsabilidade patrimonial do empresário individual e as formalidades legais para sua inclusão no polo passivo de execução de débito da firma da qual era titular.

2. O acórdão recorrido entendeu que o empresário individual atua em nome próprio, respondendo com seu patrimônio pessoal pelas obrigações assumidas no exercício de suas atividades profissionais, sem as limitações de responsabilidade aplicáveis às sociedades empresárias e demais pessoas jurídicas. 3. A jurisprudência do STJ já fixou o entendimento de que "a empresa individual é mera ficção jurídica que permite à pessoa natural atuar no mercado com vantagens próprias da pessoa jurídica, sem que a titularidade implique distinção patrimonial entre o empresário individual e a pessoa natural titular da firma individual" (REsp 1.355.000/SP, Rel.

Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 10/11/2016) e de que "o empresário individual responde pelas obrigações adquiridas pela pessoa jurídica, de modo que não há distinção entre pessoa física e jurídica, para os fins de direito, inclusive no tange ao patrimônio de ambos" (AREsp 508.190, Rel. Min.

Marco Buzzi, Publicação em 4/5/2017).

4. Sendo assim, o empresário individual responde pela dívida da firma, sem necessidade de instauração do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002 e arts. 133 e 137 do CPC/2015), por ausência de separação patrimonial que justifique esse rito. 5. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem guarda consonância com a jurisprudência do STJ, o que já seria suficiente para se rejeitar a pretensão recursal com base na Súmula 83/STJ. O referido verbete sumular aplica-se aos recursos interpostos tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

6. Não obstante isso, não se constata o preenchimento dos requisitos legais e regimentais para a propositura do Recurso Especial pela alínea "c" do art. 105 da CF. 7. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com a indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

8. In casu, o recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar que os casos comparados tratam da mesma situação fática: empresário individual. Ao revés, limitou-se a transcrever ementas e trechos que versam sobre sociedade empresarial cuja diferença em relação ao caso dos autos foi suficientemente explanada neste julgado.

9. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1682989/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017)

Assim, em se tratando de firma individual, não há distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e da pessoa física que a constituiu, razão pela qual a pessoa física deverá responder pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica, e vice-versa, sendo desnecessária a inclusão no polo passivo da execução fiscal, conforme a jurisprudência desta Corte Regional:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FIRMA INDIVIDUAL. ARTIGO 135, III, CTN. PRESCINDIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Em se tratando de firma individual, não cabe a discussão sobre o redirecionamento, na forma do artigo 135, III, CTN - e, assim, impertinente a invocação de prescrição -, uma vez que o respectivo titular não se confunde com a figura do sócio, enquanto terceiro na relação tributária originária.

2. Ao contrário, o titular e a respectiva firma individual são vistos como um único patrimônio, que responde pelas dívidas, sem que se exija qualquer decisão de redirecionamento, nada obstando, pois, a inclusão do nome do titular no polo passivo da execução fiscal para a persecução patrimonial no âmbito e alcance próprios.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 584798 - 0012830-17.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 22/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INCLUSÃO DO SÓCIO COM PODERES DE GESTÃO À ÉPOCA DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR. POSSIBILIDADE. INCLUSÃO DE EMPRESA INDIVIDUAL NO PÓLO PASSIVO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE FIRMA INDIVIDUAL E PESSOA NATURAL. PATRIMÔNIO ÚNICO. PROVIMENTO.

1. Verifica-se que a certidão acostada à f. 104 deste instrumento dá conta de que a sociedade empresária não se encontra estabelecida no endereço constante do contrato social registrado na JUCESP (f. 111). Portanto, possível concluir que ocorreu a dissolução irregular, autorizando a aplicação da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Ao entendimento do relator, a responsabilidade do sócio advém da dissolução irregular da empresa, fato que configura infração à lei, não pressupondo que detivesse poderes de gerência ao tempo do fato gerador. De qualquer sorte, no caso concreto dos autos os sócios estavam à frente da empresa também àquele tempo, daí porque os demais julgadores acompanharam o voto do relator pela conclusão.

3. No caso, os indícios de dissolução irregular foram constatados em 16/02/2012, quando restou frustrada a tentativa de constatação da atividade empresarial. Conforme documento acostado à f. 111, os sócios possuíam poder de gestão, sendo os administradores da sociedade empresária desde 18/07/1995, o que autoriza a responsabilização pessoal destes, pelos débitos da pessoa jurídica.

4. O empresário individual é aquele que exerce atividade econômica de forma organizada, profissional, não lhe sendo conferida personalidade diversa pelo simples fato de desempenhar a empresa. É único o patrimônio da empresa individual/pessoa natural, inexistindo nova pessoa jurídica e consequente proteção que dela decorre.

5. Agravo provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 562348 - 0016097-31.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO DO FEITO - ART. 135, III, CTN - FIRMA INDIVIDUAL - RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se pela possibilidade de os sócios -gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular.
2. Os diretores, gerentes ou representantes das sociedades podem ser responsabilizados pelas obrigações tributárias nos casos de dissolução irregular da sociedade ou de atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, por meio de fraude ou excesso de poderes.
3. Quando há dissolução irregular da sociedade, o ônus da prova se inverte e o gerente da sociedade, incluído na execução fiscal, poderá demonstrar não ter agido com dolo, culpa, excesso de poder ou mediante fraude. Nesse sentido: REsp 1017732/RS e AgRg no REsp 813.875/RS.
4. Na hipótese, quando do cumprimento do mandado de penhora, o Oficial de Justiça certificou que a não localização da empresa executada (fl. 74). Logo, infere-se sua dissolução irregular, nos termos da Súmula 435/STJ.
5. Necessária a responsabilização daquele que, vinculado ao fato gerador do tributo cobrado, demonstra a prática de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, consistente - entre eles - no encerramento irregular da sociedade, justificando, desta forma, a aplicação do disposto no art. 135, III, CTN, na medida em que, além de não pagar o tributo (o que, por si só não autoriza sua responsabilização, como sedimentado na jurisprudência), dissolve irregularmente a empresa.
6. Na hipótese, cobram-se tributos cujos fatos geradores ocorreram em 2009 e 2010 e, segundo ficha cadastral da JUCESP (fls. 68), OSCAR SATYRO era o único sócio da empresa executada, desde sua abertura, porquanto se trata de empresa individual. Logo, cabível sua responsabilização pelo débito executando, nos termos do art. 135, III, CTN.
7. Na hipótese de empresa individual, o patrimônio da pessoa jurídica confunde-se com o patrimônio da pessoa física, titular da empresa.
8. Resta resguardado, entretanto, o direito das incluídas de arguir sua defesa, por meio processual adequado.
9. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 580103 - 0006872-50.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 21/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/07/2016)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. ENCERRAMENTO DO PROCESSO FALIMENTAR. PROPRIETÁRIA DE FIRMA INDIVIDUAL JÁ INCLUÍDA NO POLO PASSIVO. RECURSO IMPROVIDO.

- A matéria controvertida nos autos diz respeito à possibilidade de continuação da execução fiscal, com redirecionamento do polo passivo aos sócios, após o encerramento do processo falimentar, sem a devida satisfação do débito.
- Em se tratando de firma individual, não há distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e da pessoa física que a constituiu pelo que a pessoa física deverá responder pelas dívidas contraídas pela empresa. Da mesma forma, diante da ausência de autonomia patrimonial não há que se falar em responsabilidade limitada do integrante da empresa individual.
- Assim, ajuizada a execução fiscal em face de firma individual, mostra-se desnecessária a inclusão da pessoa física empreendedora no polo passivo da demanda para fins de responsabilização tributária, face à inexistência de limitação de sua responsabilidade por dívidas da empresa e da confusão patrimonial existente entre ambos.
- A pessoa física, responsável pela empresa individual, foi incluída no polo passivo da execução (fls. 66/67), de tal sorte que, com fulcro em remansosa jurisprudência, infundado afigura-se o inconformismo da recorrente.
- A falência foi encerrada em 29/04/2004, nos autos autuados sob o nº 557.03.232236-9, que tramitou perante a 4ª vara da Comarca de São José dos Campos/SP, demonstrando que houve, portanto, seu encerramento de maneira regular, sem indícios de crime falimentar.
- Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1748639 - 0006545-52.2004.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2016)

PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C §7º DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INDIVIDUAL. DESNECESSÁRIO REDIRECIONAMENTO DO FEITO.

- O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 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, nos termos da Súmula nº 435 dessa corte e do disposto nos artigos 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, 10 do Decreto nº 3.078/19 e 158 da Lei nº 6.404/78.
- O decisum recorrido adotou orientação contrária à estabelecida pela corte superior no Recurso Especial nº 1.371.128/RS, porquanto indeferiu a responsabilização dos sócios. Dessa forma, cabível o reexame da causa, nos termos do artigo 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil, para adequação à jurisprudência consolidada.
- Verifica-se que se trata de devedor empresário individual que, embora inscrito no CNPJ, será sempre uma pessoa física para todos os efeitos, de sorte que seus bens particulares respondem pelas obrigações contraídas pela empresa, uma vez que não há separação patrimonial. **Por ser o executado pessoa física, a desconsideração da personalidade jurídica da firma individual é desnecessária, o que torna inútil o debate da questão à luz da responsabilidade decorrente do artigo 50 do Código Civil e Enunciado n.º 283 do CJF.**
- Acórdão de fls. 40/43 retratado, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, para reconhecer a responsabilidade tributária do empresário individual.

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DO §1º DO ARTIGO 557, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. FIRMA INDIVIDUAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

I. O presente agravo legal se insurge contra a r. decisão monocrática supra transcrita, que reconheceu a inviabilidade de se incluir no polo passivo de execução fiscal firma individual no nome do sócio da executada.

II. A empresa individual não constitui pessoa autônoma e independente do seu respectivo titular. Para efeitos de responsabilização, ambos representam uma única pessoa, daí porque a legislação tributária deixou de fazer menção ao redirecionamento da execução fiscal à firma individual.

III. No caso dos autos, repara que o sócio da executada Roberto Marcondes de Salles Ulson foi incluído no polo passivo do executivo fiscal pelo juízo de origem. Considerando, pois, que o seu patrimônio abrange aquele relativo à firma individual, despicienda a inclusão desta última no feito.

IV. O recurso de agravo do §1º, do art. 557, do CPC, conforme remansosa jurisprudência do C. STJ deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior:

V. A parte recorrente não logrou demonstrar a inexistência da invocada jurisprudência dominante.

VI. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 550388 - 0002449-81.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 16/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/08/2015)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL NO POLO PASSIVO DO FEITO. DESNECESSIDADE.

1. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, consoante o disposto no art. 966, do Código Civil. A Lei nº 9.841/99, por sua vez, instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, assinalando, em seu bojo, as condições de enquadramento de microempresa ou empresa de pequeno porte.

2. Em se tratando de firma individual, não há distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e da pessoa física que a constituiu, que deverá responder pelas dívidas contraídas pela empresa; da mesma forma, não há que se falar em responsabilidade limitada do integrante da empresa individual.

3. Ajuizada a execução fiscal em face de firma individual, mostra-se desnecessária a inclusão da pessoa física empreendedora no polo passivo da demanda para fins de responsabilização tributária, face à inexistência de limitação de sua responsabilidade por dívidas da empresa e da confusão patrimonial existente entre ambos.

4. Como não houve análise específica, pelo magistrado de origem, quanto à utilização do sistema Bacenjud para o rastreamento e bloqueio de valores porventura existentes em contas corrente da pessoa física, José Antonio Chapeton Samayoa, deixo de analisar esta questão, sob pena de supressão de instância.

5. Deve o r. Juízo a quo proceder a análise do pedido de penhora on line de valores existentes em contas corrente do executado pessoa física.

6. Agravo de instrumento parcialmente provido."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0022292-71.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 03/11/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/11/2011).

Ademais, consoante assinalado na r. decisão agravada "não há que se falar em prescrição para o redirecionamento da execução à sócia, uma vez que não se trata de analisar os requisitos do artigo 135 do CTN, mas sim de empresa individual, que não possui personalidade distinta de seu titular".

Com relação ao percentual da multa moratória, fixada em 30% conforme consta na CDA, assiste razão ao agravante.

O Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, ao julgar o RE 582.461, decidiu pela legitimidade da utilização da taxa SELIC como índice de atualização de débitos tributários, bem como pelo caráter não confiscatório da multa moratória no importe de 20% (vinte por cento), *in 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. 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 íntegro, 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. 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)

Destarte, merece ser reduzida a multa moratória, devendo ser fixada em 20%.

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil de 2015, **dou parcial provimento** ao agravo de instrumento, tão somente para reduzir o percentual da multa moratória para 20%, mantendo no mais a r. decisão agravada.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 15 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004155-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: JOAO GABRIEL RIBEIRO COLLETA DE ALMEIDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO GABRIEL RIBEIRO COLLETA DE ALMEIDA - RJ163086

AGRAVADO: DISTRIBUIDORA DE AUTO PECAS NORTESULLTDA, PAULO RONALDO BOMFIM D OLIVEIRA, ANTONIO MARQUES D OLIVEIRA FILHO, SERGIO ROGERIO BOMFIM D OLIVEIRA, EDUARDO FREDERICK MONZONI

Advogado do(a) AGRAVADO: NELSON WILIANSON FRATONI RODRIGUES - SP128341-A
Advogado do(a) AGRAVADO: DEYSE OLIVIA PEDRO RODRIGUES DO PRADO - SP198155

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou os embargos de declaração, mantendo a decisão que acolheu parcialmente a Exceção de Pré-Executividade para reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente e excluir os sócios da empresa executada do polo passivo da ação, condenando a exequente ao pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor da causa, com fundamento no art. 85, § 3º, inc. I e § 1º, inc. I, do CPC, corrigidos conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal, Resolução nº 134/2010 (ID 532919).

Sustenta a agravante, em síntese, a inoccorrência da prescrição intercorrente, tendo em vista que é a dissolução irregular certificada por oficial de justiça que possibilita a manutenção/inclusão dos sócios-administradores no polo passivo, e que somente em 20/07/2015 tal circunstância foi certificada nos autos (fl. 184), devendo ser mantidos no polo passivo da execução fiscal os sócios administradores da empresa executada. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do agravo de instrumento, para reformar a r. decisão agravada, para determinar a imediata manutenção/inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal.

Transcorreu o prazo legal sem apresentação de contraminuta pelos agravados.

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

A questão vertida nos autos consiste na análise da ocorrência de prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução fiscal aos sócios administradores da empresa executada, dissolvida irregularmente.

Com efeito, a Egrégia Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça no **juízo do REsp nº 1.110.925/SP, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973**, fixou o entendimento segundo o qual, a exceção de pré-executividade somente é cabível quando a matéria invocada for suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e seja desnecessária a dilação probatória, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC."

(STJ, REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009)

No mesmo sentido, a incidência da Súmula 393 do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Como via especial e restrita que é, a exceção de pré-executividade só pode ser admitida quando as questões trazidas ou são de ordem pública ou dizem respeito ao título propriamente dito; vale dizer, quando dizem respeito a matérias que são cognoscíveis inclusive de ofício pelo juiz e bem como outras relativas a pressupostos específicos da execução. E, mais, que não demandem dilação probatória.

Com efeito, a E. Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, quando do **juízo do REsp 1.102.431-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 01.02.2010, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973**, firmou entendimento no sentido de que a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso do tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR CULPA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 106 DO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ.

1. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário.

2. A perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ. (Precedentes: AgRg no Ag 1125797/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 16/09/2009; REsp 1109205/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 29/04/2009; REsp 1105174/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 09/09/2009; REsp 882.496/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 26/08/2008; AgRg no REsp 982.024/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 08/05/2008)

3. In casu, a Corte de origem fundamentou sua decisão no sentido de que a demora no processamento do feito se deu por culpa dos mecanismos da Justiça, *verbis*: "Com efeito, examinando a execução fiscal em apenso, constata-se que foi a mesma distribuída em 19/12/2001 (fl.02), tendo sido o despacho liminar determinando a citação do executado proferido em 17/01/2002 (fl. 02 da execução). O mandado de citação do devedor, no entanto, somente foi expedido em 12/05/2004, como se vê fl. 06, não tendo o Sr. Oficial de Justiça logrado realizar a diligência, por não ter localizado o endereço constante do mandado e ser o devedor desconhecido no local, o que foi por ele certificado, como consta de fl. 08, verso, da execução em apenso. Frustrada a citação pessoal do executado, foi a mesma realizada por edital, em 04/04/2006 (fls. 12/12 da execução). (...) No caso destes autos, todavia, o fato de ter a citação do devedor ocorrido apenas em 2006 não pode ser imputada ao exequente, pois, como já assinalado, os autos permaneceram em cartório, por mais de dois anos, sem que fosse expedido o competente mandado de citação, já deferido, o que afasta o reconhecimento da prescrição. (...) Ressalte-se, por fim, que a citação por edital observou rigorosamente os requisitos do artigo 232 do Código Processual Civil e do art. 8º, inciso IV, da Lei 6.830/80, uma vez que foi diligenciada a citação pessoal, sem êxito, por ser o mesmo desconhecido no endereço indicado pelo credor, conforme certificado pelo Sr. Oficial de Justiça, à fl. 08, verso dos autos da execução."

4. A verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ.

5. 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."

(REsp 1102431/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Ademais, sobre o tema em questão, observa-se que o E. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.222.444-RS, Rel. **Ministro Mauro Campbell Marques**, DJe 25.04.2012, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou também entendimento no sentido de que a configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação, devendo também ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. VIABILIDADE. ART. 219, §5º, DO CPC. CITAÇÃO. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. A configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação. Antes, também deve ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente.

2. A Primeira Seção desta Corte também já se pronunciou sobre o tema em questão, entendendo que "a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor; que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário" (REsp n. 1102431 / RJ, DJe 1.2.10 - regido pela sistemática do art. 543-C, do CPC). Tal entendimento, *mutatis mutandis*, também se aplica na presente lide.

3. A verificação acerca da inércia da Fazenda Pública implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ.

4. Esta Corte firmou entendimento que o regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a prévia oitiva da Fazenda Pública, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, a saber: a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis. Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º, do CPC.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.222.444-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25.04.2012).

Ressalta-se que o redirecionamento da execução fiscal somente é possível no momento em que a Fazenda Pública fica sabendo da insolvência da empresa, quando então deve ter início a contagem do prazo prescricional, aplicando-se o princípio da *actio nata*. Neste sentido, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO. TEORIA DA "ACTIO NATA". RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. MATÉRIA QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 393/STJ.

1. O termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagrado no princípio universal da *actio nata*.

2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada.

3. A responsabilidade subsidiária dos sócios, em regra, não pode ser discutida em exceção de pré-executividade, por demandar dilação probatória, conforme decidido no Recurso Especial "repetitivo" 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 1º.4.2009, nos termos do art. 543-C, do CPC.

4. Incidência da Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1196377/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010)

Por fim, a E. Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.201.993-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 12.12.2019, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, no tocante ao termo inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal ao sócio administrador da pessoa jurídica executada, com fundamento na dissolução irregular desta, fixou a seguinte tese jurídica: "(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 lustru 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."

No presente caso, consoante relatado na r. decisão agravada, após a tentativa de citação da empresa executada, via postal, com Aviso de Recebimento Negativo, em 22.04.1998 (fl. 08), a exequente requereu prazo para manifestação, em 05.05.2000 e 22.09.2000. Posteriormente, em 14.11.2002, requereu a inclusão apenas de Saleh Mahmud Abu Hamdeh (fls. 14/18), contudo a diligência restou negativa, em 17.07.2003 (fls. 23/24verso). Vistas dos autos a exequente, em 02.03.2004, a mesma requereu prazo para manifestação (fl. 26). Em 13.12.2005, concedida nova vista à exequente, esta devolveu os autos em 03.04.2006, sem manifestação. **Em 16.05.2006 a exequente requereu a inclusão no polo passivo da execução dos sócios administradores** Antônio Marques D Oliveira Filho, Sérgio rogério Bonfim D Oliveira, Eduardo Frederick Monzoni e do excipiente Paulo Ronaldo Bomfim D Oliveira. Em 31.10.2006, a exequente juntou aos autos cópia da CDA para contra-fê. Citados, os sócios opuseram exceções de pré-executividade. Não houve vista dos autos à exequente para manifestação. **Em 24.05.2012, diligenciando a citação do responsável tributário, o Oficial de Justiça certificou haver sido informado por este que a empresa executada encerrara as suas atividades há muitos anos, não havendo bens a ela pertencentes** (fls. 130). A exequente teve vista dos autos em 02.07.2013 (fls. 138) e, em 27.04.2013, requereu a tentativa de penhora *on line*, através dos Sistema BacenJud, em face dos sócios coexecutados, todos citados às fls. 51/54 dos autos. Deferido o pedido em 09.01.2014 (fls. 139/140), a diligência resultou negativa (fls. 141/154). Em 30.04.2014, o sócio Paulo Ronaldo Bomfim D'Oliveira opôs exceção de pré-executividade (fls. 156/174). Em 02.03.2016, a exequente ofereceu impugnação (fls. 175/179). Em 02.06.2015, o Juízo *a quo* determinou a expedição de mandado de constatação da dissolução irregular da empresa executada, no endereço indicado às fls. 176 (fls. 180). **Em 20.07.2015, o Oficial de Justiça certificou haver constatado que a empresa executada não está exercendo suas atividades no endereço indicado no mandado**, tendo sido informado pelo Sr. Jorge Meneses Lima que a empresa executada funcionou no local há vinte anos, quando encerrou suas atividades, não sabendo informar se ainda está em atividade (fls. 184). **Em 16.11.2015, a exequente requereu a manutenção do coexecutado no polo passivo da ação**, em razão da constatação da dissolução irregular (fls. 185).

Desse modo, observa-se que no presente caso não houve paralisação do feito por mais de cinco anos consecutivos, por inércia exclusiva da exequente, sendo diligente na busca por bens penhoráveis pertencentes à empresa executada; além do que não houve o decurso de prazo superior a cinco anos entre a constatação da inatividade da empresa executada (**24.05.2012 e 20.07.2015**) e o pedido de redirecionamento da execução fiscal aos administradores (**16.05.2006 e 16.11.2015**), não havendo que se falar em prescrição intercorrente.

Ante o exposto, nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015, **dou provimento** ao agravo de instrumento, para afastar a prescrição intercorrente declarada pelo Juízo *a quo*.

Comunique-se. Intime-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos a Vara de origem.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027918-05.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE ALMEIDA RODRIGUES MARTINEZ - SP155131-N

AGRAVADO: VEK TOR SISTEMAS DE CONTROLE LTDA - EPP

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra decisão que, em face do pedido de redirecionamento da execução fiscal ao sócio administrador da empresa executada, dissolvida irregularmente, determinou o sobrestamento do feito nos termos determinados no IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000/SP desta Corte Regional.

Sustenta a agravante, em síntese, a desnecessidade de instauração do IRDR. Aduz que o procedimento adotado pelo CPC/2015 acerca do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica é incompatível com o rito das Execuções Fiscais e esbarra, desde logo, na previsão de suspensão do processo – art. 134, § 3º, do CPC – que tem disciplina própria em lei especial (LEF). Alega que o C. STJ já decidiu no sentido de que, evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica; bem como que o artigo 133, *caput* do CPC somente permite a instauração do incidente a pedido da parte ou do MP, e não de ofício pelo juízo. Ressalta que não faria sentido suspender a execução em relação aos sócios gerentes ou titulares da empresa executada e que dissolvera suas atividades irregularmente (fato incontroverso nos autos), uma vez que já demonstrada a dissolução irregular nos autos, nos termos da Súmula 435 do STJ.

Requer a concessão de tutela antecipada "*para ser declarada a dispensa da instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica prevista no artigo 133 e ss do CPC, (ii) reconhecendo-se especialmente inaplicável a suspensão da execução prevista no o art. 134, § 3º do CPC à Execução Fiscal, com (iii) a pronta determinação para o prosseguimento da Execução Fiscal, o que requer seja confirmado quando do julgamento definitivo do presente recurso, dando-se total provimento a este agravo de instrumento e (iv) seja reformada a r. decisão de fls. 79, para que a execução tenha então seu normal andamento em face dos sócios/titulares da empresa executada e que dissolvera suas atividades irregularmente, em que pese o IRDR n. 4.03.1.000001.*"

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

Pretende a agravante o redirecionamento da execução fiscal ao sócio administrador da empresa executada, dissolvida irregularmente, nos termos da Súmula 435 do C. Superior Tribunal de Justiça, devidamente certificada pelo oficial de justiça (Certidão ID 100844256 - Pág. 78).

O Juízo *a quo* entendeu necessário o sobrestamento do feito nos termos do IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000/SP desta Corte Regional.

Comefeito, a questão controvertida de direito processual versada no IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000/SP é diversa: "o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica". Em decisão publicada em 17 de fevereiro de 2017, o Relator determinou "a suspensão dos Incidentes de Desconconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução". Assim, não havendo incidente instaurado no presente caso, não se há que se falar em sobrestamento.

De outra parte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem pacificado o entendimento no sentido de que **há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, considerando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015", in verbis:**

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE AOS ARTS. 133 E SEQUINTE DO CPC/2015. ACÓRDÃO RECORRIDO ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 151, VI, DO CTN. DEFICIÊNCIA RECURSAL. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 283 E 284 DA SÚMULA DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 1.025/1969. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

I - Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal opostos em decorrência de redirecionamento determinado com fundamento nos arts. 124, I, 128 e 135, III, do CTN c/c arts. 50 e 187 do CC. Na sentença, os embargos foram julgados improcedentes. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida.

II - Sobre a apontada ofensa aos arts. 133 e seguintes do CPC/2015, o recurso não comporta provimento.

III - O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que tem pacificado o entendimento no sentido de que há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, considerando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. A propósito, confira-se: REsp n. 1.786.311/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/5/2019, DJe 14/5/2019.

IV - Sobre a alegada violação do art. 151, VI, do CTN, o recurso não comporta seguimento. O Tribunal de origem adotou como fundamento o fato de que (i) o caso gira em torno da configuração de grupo econômico de fato e há diversas execuções visando à satisfação de outros créditos; (ii) o parcelamento, assim, não abrange todos os créditos tributários do grupo econômico de fato; bem como que (iii) a propositura da medida cautelar fiscal (e a própria decretação da indisponibilidade de bens) ocorreu em momento anterior ao parcelamento dos débitos do devedor originário, não cabendo o desfazimento das medidas acauteladoras.

V - O reexame do acórdão recorrido, em confronto com as razões do recurso especial, revela que esse fundamento decisório, acima mencionado, é suficiente para manter o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, mas não foi rebatido no recurso especial, o que atrai os óbices dos Enunciados n. 283 e 284, ambos da Súmula do STF.

VI - Sobre a alegada ofensa ao art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/1969, o recurso não comporta provimento. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido da legalidade de aplicação do encargo legal de 20%, previsto no Decreto-Lei n. 1.025/1969, em substituição à condenação em honorários advocatícios, nos embargos à execução, assim como da aplicação da taxa SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1995, como índice adequado para a cobrança de tributos federais. Nesse panorama, destacam-se: AgRg no REsp 1.574.610/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/3/2016, DJe 14/3/2016; REsp 1.650.073/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 25/4/2017; REsp 1.574.582/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016. VII - No tocante à parcela recursal referente ao art. 105, III, c, da Constituição Federal, verifica-se que o recorrente não efetivou o necessário cotejo analítico da divergência entre os acórdãos em confronto, o que impede o conhecimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

VIII - Conforme a previsão do art. 255 do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante da Súmula n. 284 do STF.

IX - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1759512/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019)

Ademais, consoante o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, "evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial", in verbis:

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pelo recorrente foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração.

II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida.

III - Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ.

IV - A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal "a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível" (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014).

V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular; em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 1786311/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 14/05/2019)

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pelo recorrente foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração.

II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão, em via de execução fiscal, em que foram reconhecidos fortes indícios de formação de grupo econômico, constituído por pessoas físicas e jurídicas, e sucessão tributária ocorrida em relação ao Jornal do Brasil S.A. e demais empresas do "Grupo JB", determinando, assim, o redirecionamento do feito executivo.

III - Verificada, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico de fato com confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ.

IV - A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a ocorrência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções que, diversamente da lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal "a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível" (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/6/2014). V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124 e 133, do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular; em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

Precedente: REsp n. 1.786.311/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 14/5/2019.

VI - Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar provimento.

(AREsp 1455240/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 23/08/2019)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 932 do Código de Processo Civil, **dou provimento** ao agravo de instrumento, reformando a r. decisão agravada, para determinar o prosseguimento da execução fiscal.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Observadas as formalidades legais, oportunamente, baixemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007948-53.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 174/666

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL contra decisão que, em autos de execução fiscal, ante o pedido de inclusão dos sócios administradores da empresa executada no polo passivo da ação, determinou de ofício a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, com base no art. 134, § 3º do Código de Processo Civil (fl. 82), determinando-se ao distribuidor a autuação em apartado, com a suspensão do processo principal, após a citação da sócia-gerente Joseli Ramos (fls. 83) e do sócio não administrador Cícero Orides (fl. 84).

Sustenta o agravante, em síntese, que o pedido de redirecionamento do feito aos sócios tem por fundamento a dissolução irregular da empresa executada, nos termos da Súmula 435 do C. STJ, devidamente certificada pelo oficial de justiça. Alega a impossibilidade da instauração de ofício do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, visto que o art. 133 do Código de Processo Civil de 2015 prescreve a obrigatoriedade de prévio requerimento da parte interessada para a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Defende o descabimento da instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica nos casos de redirecionamento da execução fiscal aos sócios, com base na dissolução irregular da executada, nos termos da Súmula 435 do C. STJ. Frisa que no REsp 1371128/RS, o Superior Tribunal de Justiça dirimiu a controvérsia quanto à possibilidade de redirecionamento da execução fiscal por dissolução irregular da sociedade, tanto com relação aos créditos tributários, quanto aos créditos não tributários (decorrentes de multa administrativa, por exemplo), mediante aplicação da sistemática de julgamento de recursos repetitivos.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do agravo de instrumento para reformar a r. decisão agravada, redirecionando-se a execução fiscal contra a sócia-gerente da agravada JOCELI RAMOS, CPF 313.455.088-16, domiciliada em lugar incerto e não sabido, dispensando-se a instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de redirecionamento da execução fiscal de dívida não tributária aos sócios administradores da empresa executada, dissolvida irregularmente, sem a necessidade de instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

Com efeito, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.101.728/SP, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (j. 11.03.2009, DJe 23.03.2009), sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou entendimento no sentido de que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa, independentemente da natureza do débito, é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

Nesse sentido, os julgados ora transcritos, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Esta Corte de Justiça, por ocasião da apreciação do REsp 1.371.128/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de que é possível o redirecionamento da execução fiscal contra o diretor da empresa executada, por dívida de natureza não tributária, em virtude de indícios de dissolução irregular, de acordo com a legislação civil.

2. Nesse passo, a instância ordinária deferiu o redirecionamento da execução à pessoa dos sócios por dívida não tributária pela ocorrência da dissolução irregular da empresa.

3. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte a quo, de modo a albergar as peculiaridades do caso, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1808288/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 09/10/2019)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPI. IMPOSTO DE RENDA. REDIRECIONAMENTO. ART. 135, III, DO CTN. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A NORMA LEGAL OU CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento segundo o qual o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa, independentemente da natureza do débito, é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. O Tribunal a quo se manifestou no sentido de que não há provas da existência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Entendimento diverso demandaria a análise das provas dos autos, impossível nesta Corte ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1433851/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014)

De outra parte, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.371.128/RS, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, consolidou entendimento no sentido de que a dissolução irregular de pessoa jurídica é ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito não-tributário, *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.

(...)

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. ° 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG n° 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp.n.° 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)

No caso dos autos, a dissolução irregular da empresa executada foi certificada pelo oficial de justiça, ao diligenciar sem êxito da citação da pessoa jurídica, por não tê-la encontrado no local indicado no mandado, que é o mesmo informado ao Fisco e na Ficha Cadastral da JUCESP (Certidão de ID 3317851 - Pág. 8 e JUCESP ID 3317851 - Pág. 13/15).

Assim, é possível o redirecionamento do feito aos sócios administradores, com fundamento na dissolução irregular da empresa executada, nos termos da Súmula 435 do C. STJ.

De outra parte, é firme a jurisprudência desta Corte Regional no sentido da "desnecessidade de instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para as hipóteses de execução fiscal nos quais se discute redirecionamento de dívidas da empresa junto a seus sócios e administradores", *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. EMPRESA DEIXOU DE FUNCIONAR NO DOMICÍLIO FISCAL SEM COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES. SÚMULA 435 DO STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS.

- A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da desnecessidade de instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para as hipóteses de execução fiscal nos quais se discute redirecionamento de dívidas da empresa junto a seus sócios e administradores.

- No âmbito da estreita cognição deste recurso, há significativos elementos apontando para dissolução irregular da pessoa jurídica executada. Afinal, em que pese o alegado pelos agravantes, foi constatado, por oficial de justiça, que o endereço sede da empresa encontrava-se disponível para aluguel.

- O E. STJ pacificou orientação no sentido de que a execução fiscal pode ser redirecionada ao sócio-gerente no caso em que a empresa deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, nos termos da sua Súmula 435. O mesmo E. STJ reafirmou o teor da Súmula nº 435 no julgamento do REsp nº 1.137.128/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos:

- Ausência de amparo para acolher, de pronto, o pedido de exclusão dos agravantes do polo passivo da execução fiscal. Para eventual discussão aprofundada da matéria, com a possibilidade de ampla dilação probatória, deverão os agravantes, se o caso, valer-se de embargos à execução, que, por sua vez, exigem a prévia segurança do Juízo, por meio da penhora ou do depósito do valor discutido.

- Agravo de instrumento improvido. Embargos de declaração prejudicados.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001765-95.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, julgado em 08/07/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/07/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EXECUTADA COMPROVADA. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO ADMINISTRADOR. POSSIBILIDADE. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. INCABÍVEL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de redirecionamento em face dos sócios-gerentes nos casos de dissolução irregular da empresa que abandona seu domicílio fiscal sem informar as autoridades competentes, ex vi do enunciado da Súmula 435/STJ

2. No caso, há informação de que a empresa não foi localizada em seu domicílio fiscal em certidão lavrada em 13/06/2019 por Oficial de Justiça. A presunção de dissolução irregular da sociedade executada está atestada, pois não mais exerce atividades empresariais em seu domicílio fiscal, fato que não foi comunicado aos órgãos competentes, em desobediência aos procedimentos formais de dissolução da sociedade empresária.

3. A participação do agravante no quadro societário da pessoa jurídica executada, admitido em 04/11/2014 na função de sócio administrador, é coetânea à constatação da dissolução irregular da empresa (13/06/2019), bem como ao fato gerador dos tributos que compõem o título executivo (12/2014 a 02/2016), conforme é possível verificar na Ficha Cadastral Simplificada da empresa emitida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo.

4. A decisão agravada deve ser mantida, porquanto o redirecionamento da execução fiscal ao agravante encontra-se lastreado pela jurisprudência pacífica acerca do tema.

5. O pedido de redirecionamento da execução fiscal, em razão do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, não se sujeita ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica de que tratam os artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil. Precedentes.

6. Ao contrário da alegação do agravante, as disposições previstas na Lei n. 13.874/2019, não se opõem à responsabilização pessoal do sócio administrador, na forma do art. 135, III, do CTN (lei hierarquicamente superior), face à configuração da fraude de dissolução irregular da empresa executada.

7. Agravo de Instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000311-80.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 13/08/2020, Intimação via sistema DATA: 16/08/2020)

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL DISSOLUÇÃO IRREGULAR EMPRESA – RESPONSABILIDADE FISCAL DOS SÓCIO DIRIGENTES - INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA- DESNECESSIDADE

I – O pedido de inclusão dos dirigentes da executada no polo passivo da execução fiscal se lastreia em dissolução irregular da empresa, o que prescinde de instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos termos do art. 50 do Código Civil e art. 133 do Código de Processo Civil

II - Antecedente jurisprudencial.

III - Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022117-11.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 10/06/2020, Intimação via sistema DATA: 13/06/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INSTAURAÇÃO DE IDPJ. DESNECESSIDADE. INCLUSÃO DE SÓCIO NO POLO PASSIVO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PRESENTES.

1. Inicialmente, ressalte-se que a alegação da ocorrência da prescrição, embora consista em matéria de ordem pública, não foi objeto da decisão agravada, razão pela qual não pode ser apreciada neste Tribunal nesta oportunidade, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

2. Não cabe ao Tribunal manifestar-se sobre matérias não apreciadas pelo Juiz monocrático, sob pena de supressão de instância. Com efeito, essas matérias devem ser analisadas pelo MM. Juízo singular, respeitados o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o recurso deve ater-se aos limites impostos pela natureza e conteúdo da decisão agravada.

3. É desnecessária a Instauração do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica previsto no Código de Processo Civil (art. 133), às hipóteses de responsabilização tributária, conforme o recente julgado pelo c. STJ.

4. O redirecionamento da execução fiscal depende de prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional. 5. Conforme entendimento jurisprudencial pacificado, apesar de ser encargo da empresa o recolhimento de tributos, o mero inadimplemento ou atraso no pagamento não caracteriza a responsabilidade tributária disposta no artigo 135, III, do CTN.

6. O mesmo não ocorre quando há dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada por meio de diligência realizada por meio de Oficial de Justiça, posto haver o descumprimento de deveres por parte dos sócios gerentes/administradores da sociedade, nos termos da Súmula n. 435 do STJ.

7. Ressalte-se, bem assim, que o sócio, ora agravante, tinha poderes de administração, à época do fato gerador e da dissolução irregular da empresa, conforme se constata pela Ficha Cadastral expedida pela JUCESP (ID 7864806-págs. 52/53). Ademais, o documento (ID 7864804) não comprova que a empresa executada encontra-se em pleno funcionamento.

8. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029002-75.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 01/06/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 04/06/2020)

Nos termos do artigo 133, do Código de Processo Civil de 2015, "O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo." Assim, incabível sua instauração de ofício, conforme entendimento firmado nesta Egrégia Corte, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 135, III, CTN. REDIRECIONAMENTO A SÓCIOS. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. SOBRESTAMENTO. INAPLICABILIDADE.

1. Não cabe instauração, de ofício, do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica à luz do artigo 133, CPC/2015.

2. No IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000 a Corte não determinou a suspensão de executivos fiscais em que discutido redirecionamento, mas apenas de incidentes de desconconsideração de personalidade jurídica regularmente admitidos na forma do artigo 133, CPC/2015.

3. O Código Civil prevê responsabilidade patrimonial de bens particulares de administradores e sócios da pessoa jurídica em razão de certas e determinadas obrigações, ao contrário do que se verifica resultante da aplicação do artigo 135, III, CTN, que gera a situação legal e processual de redirecionamento, a significar sujeição passiva tributária, a teor do artigo 121, II, CTN, daquele que for qualificado como responsável, de acordo com as hipóteses de responsabilidade tributária do artigo 135, III, CTN, que, por tal motivo, configura norma especial, sujeita a procedimento próprio no âmbito da legislação tributária, afastando a aplicação, portanto, da norma geral prevista nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

4. Portanto, seja porque inviável a instauração de ofício do incidente, como porque o trato da responsabilidade tributária do artigo 135, III, CTN, não se sujeita ao regime dos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 e ainda porque não houve decisão em IRDR para suspensão de executivos fiscais em que requerido o redirecionamento, cabe reformar a decisão agravada para que seja apreciado o pedido fazendário de redirecionamento da execução fiscal nos autos respectivos e independentemente de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5026575-71.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 05/07/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 08/07/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

I. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) já aprovou o Enunciado de número 53, proclamando que "o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015".

II. Convém, ainda, mencionar entendimento de que a responsabilidade tributária dos sócios, prevista pelo artigo 135 do CTN, por ser subjetiva, pessoal e direta, não configura caso de desconconsideração da personalidade jurídica, o mesmo podendo ser dito em relação à hipótese prevista no art. 133 do CTN.

III. Nesse sentido, o Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (Forexec), edição 2015, reunindo juízes federais atuantes nas varas federais especializadas em execuções fiscais, aprovou o Enunciado de número 6, dispondo que "a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015".

IV. Destarte, não se sustenta a instauração do incidente do art. 133 do CPC/15, a uma porque não pode ordená-lo o juiz de ofício, a duas, porque é desnecessário na singularidade dos fatos aqui examinados.

V. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010573-26.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 04/10/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 23/10/2019)

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil de 2015, **dou provimento** ao agravo de instrumento, reformando a r. decisão agravada, para possibilitar o redirecionamento da execução fiscal à sócia gerente da empresa executada, sem a necessidade de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL contra decisão que, em autos de execução fiscal, ante o pedido de inclusão dos sócios administradores da empresa executada no polo passivo da ação, entendendo que se faz necessária a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, suspendeu o curso da ação até decisão final a ser proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0017610-97.2016.403.0000/SP.

Sustenta o agravante, em síntese, que, restando constatada a dissolução irregular da empresa conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça (fls. 11), o Exequente requereu o redirecionamento da execução contra o(s) sócio(s) com poderes de gerência/administração, conforme Jucesp (fls. 17 e fls. 29/30), na esteira do entendimento cristalizado na Súmula 435 STJ. Aduz que, conforme a Ficha Cadastral da Jucesp (fls. 17 e fls. 29/30), o(s) sócio(s) com poderes de gerência/administração contra os quais foi requerido o redirecionamento (fls. 24/27), estava(m) à frente da empresa tanto à época dos fatos geradores (CDA's, fls. 04), como à época da constatação da dissolução irregular conforme certidão de fls.11, não havendo dúvida sobre o(s) sócio(s) gerente(s)/administrador(es) que possa(m) ser incluído(s) no polo passivo. Entende não ser o caso de sobrestar o feito com base no IRDR mencionado, tendo em vista tratar-se de execução de dívida não tributária, bem como porque não foi determinada a instauração do Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica, tampouco há pedido de instauração do IDPJ, não havendo incidente em tramitação, dado que o que a Exequente requereu foi o redirecionamento da execução contra os sócios. Ressalta que, na hipótese de manutenção da suspensão da execução fiscal, o parágrafo único do art. 980 do CPC estatui que a suspensão processual cessará após superado o prazo de 1 ano para o julgamento do incidente, o que também não restou abordado pela r. decisão, gerando situação de incerteza sobre os efeitos da suspensão no andamento da execução fiscal em matéria de prescrição.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do agravo de instrumento para reformar a r. decisão agravada, a fim de que seja dado prosseguimento à Execução fiscal, nos termos requeridos às fls. 24/27.

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de redirecionamento da execução fiscal de dívida não tributária aos sócios administradores da empresa executada, dissolvida irregularmente, sem a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.101.728/SP, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (j. 11.03.2009, DJe 23.03.2009), sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou entendimento no sentido de que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa, independentemente da natureza do débito, é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

Nesse sentido, os julgados ora transcritos, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Esta Corte de Justiça, por ocasião da apreciação do REsp 1.371.128/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de que é possível o redirecionamento da execução fiscal contra o diretor da empresa executada, por dívida de natureza não tributária, em virtude de indícios de dissolução irregular, de acordo com a legislação civil.

2. Nesse passo, a instância ordinária deferiu o redirecionamento da execução à pessoa dos sócios por dívida não tributária pela ocorrência da dissolução irregular da empresa.

3. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte a quo, de modo a albergar as peculiaridades do caso, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1808288/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 09/10/2019)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPI. IMPOSTO DE RENDA. REDIRECIONAMENTO. ART. 135, III, DO CTN. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A NORMA LEGAL OU CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento segundo o qual o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa, independentemente da natureza do débito, é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. O Tribunal a quo se manifestou no sentido de que não há provas da existência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Entendimento diverso demandaria a análise das provas dos autos, impossível nesta Corte ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1433851/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014)

De outra parte, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.371.128/RS, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, consolidou entendimento no sentido de que a dissolução irregular de pessoa jurídica é ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito não-tributário, *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.

(...)

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. ° 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG n° 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp.n.° 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)

No caso dos autos, a dissolução irregular da empresa executada foi certificada pelo oficial de justiça, ao diligenciar sem êxito da citação da pessoa jurídica, por não tê-la encontrado no local indicado no mandado, que é o mesmo informado ao Fisco e na Ficha Cadastral da JUCESP (Certidão de ID 1114288 - Pág. 12, INFOSEG ID 1114288 - Pág. 17; e JUCESP, ID 1114288 - Pág. 18/19).

Esclareça-se não ser aplicável ao presente feito o sobrestamento determinado no IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000/SP desta Corte Regional, tendo em vista que a questão controvertida de direito processual nele versada é distinta, qual seja: "o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de descon sideração da personalidade jurídica". Em decisão publicada em 17 de fevereiro de 2017, o Relator determinou "a suspensão dos Incidentes de Descon sideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução". Assim, não havendo incidente **instaurado** no presente caso, não se há que se falar em sobrestamento.

De outra parte, é firme a jurisprudência desta Corte Regional no sentido da "desnecessidade de instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica para as hipóteses de execução fiscal nos quais se discute redirecionamento de dívidas da empresa junto a seus sócios e administradores", *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. EMPRESA DEIXOU DE FUNCIONAR NO DOMICÍLIO FISCAL SEM COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES. SÚMULA 435 DO STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS.

- A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da desnecessidade de instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica para as hipóteses de execução fiscal nos quais se discute redirecionamento de dívidas da empresa junto a seus sócios e administradores.

- No âmbito da estreita cognição deste recurso, há significativos elementos apontando para dissolução irregular da pessoa jurídica executada. Afinal, em que pese o alegado pelos agravantes, foi constatado, por oficial de justiça, que o endereço sede da empresa encontrava-se disponível para aluguel.

- O E. STJ pacificou orientação no sentido de que a execução fiscal pode ser redirecionada ao sócio-gerente no caso em que a empresa deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, nos termos da sua Súmula 435. O mesmo E. STJ reafirmou o teor da Súmula nº 435 no julgamento do REsp nº 1.137.128/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos:

- Ausência de amparo para acolher, de pronto, o pedido de exclusão dos agravantes do polo passivo da execução fiscal. Para eventual discussão aprofundada da matéria, com a possibilidade de ampla dilação probatória, deverão os agravantes, se o caso, valer-se de embargos à execução, que, por sua vez, exigem a prévia segurança do Juízo, por meio da penhora ou do depósito do valor discutido.

- Agravo de instrumento improvido. Embargos de declaração prejudicados.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001765-95.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, julgado em 08/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/07/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EXECUTADA COMPROVADA. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO ADMINISTRADOR. POSSIBILIDADE. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. INCABÍVEL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de redirecionamento em face dos sócios-gerentes nos casos de dissolução irregular da empresa que abandona seu domicílio fiscal sem informar as autoridades competentes, ex vi do enunciado da Súmula 435/STJ

2. No caso, há informação de que a empresa não foi localizada em seu domicílio fiscal em certidão lavrada em 13/06/2019 por Oficial de Justiça. A presunção de dissolução irregular da sociedade executada está atestada, pois não mais exerce atividades empresariais em seu domicílio fiscal, fato que não foi comunicado aos órgãos competentes, em desobediência aos procedimentos formais de dissolução da sociedade empresária.

3. A participação do agravante no quadro societário da pessoa jurídica executada, admitido em 04/11/2014 na função de sócio administrador, é coetânea à constatação da dissolução irregular da empresa (13/06/2019), bem como ao fato gerador dos tributos que compõem o título executivo (12/2014 a 02/2016), conforme é possível verificar na Ficha Cadastral Simplificada da empresa emitida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo.

4. A decisão agravada deve ser mantida, porquanto o redirecionamento da execução fiscal ao agravante encontra-se lastreado pela jurisprudência pacífica acerca do tema.

5. O pedido de redirecionamento da execução fiscal, em razão do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, não se sujeita ao incidente de descon sideração da personalidade jurídica de que tratam os artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil. Precedentes.

6. Ao contrário da alegação do agravante, as disposições previstas na Lei n. 13.874/2019, não se opõem à responsabilização pessoal do sócio administrador, na forma do art. 135, III, do CTN (lei hierarquicamente superior), face à configuração da fraude de dissolução irregular da empresa executada.

7. Agravo de Instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000311-80.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 13/08/2020, Intimação via sistema DATA: 16/08/2020)

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL DISSOLUÇÃO IRREGULAR EMPRESA – RESPONSABILIDADE FISCAL DOS SÓCIO DIRIGENTES - INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA- DESNECESSIDADE

I – O pedido de inclusão dos dirigentes da executada no polo passivo da execução fiscal se lastreia em dissolução irregular da empresa, o que prescinde de instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica nos termos do art. 50 do Código Civil e art. 133 do Código de Processo Civil

II - Antecedente jurisprudencial.

III - Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022117-11.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 10/06/2020, Intimação via sistema DATA: 13/06/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INSTAURAÇÃO DE IDPJ. DESNECESSIDADE. INCLUSÃO DE SÓCIO NO POLO PASSIVO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PRESENTES.

1. Inicialmente, ressalte-se que a alegação da ocorrência da prescrição, embora consista em matéria de ordem pública, não foi objeto da decisão agravada, razão pela qual não pode ser apreciada neste Tribunal nesta oportunidade, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

2. Não cabe ao Tribunal manifestar-se sobre matérias não apreciadas pelo Juiz monocrático, sob pena de supressão de instância. Com efeito, essas matérias devem ser analisadas pelo MM. Juízo singular, respeitados o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o recurso deve ater-se aos limites impostos pela natureza e conteúdo da decisão agravada.

3. É desnecessária a Instauração do Incidente de Descon sideração da Personalidade Jurídica previsto no Código de Processo Civil (art. 133), às hipóteses de responsabilização tributária, conforme o recente julgado pelo c. STJ.

4. O redirecionamento da execução fiscal depende de prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional. 5. Conforme entendimento jurisprudencial pacificado, apesar de ser encargo da empresa o recolhimento de tributos, o mero inadimplemento ou atraso no pagamento não caracteriza a responsabilidade tributária disposta no artigo 135, III, do CTN.

6. O mesmo não ocorre quando há dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada por meio de diligência realizada por meio de Oficial de Justiça, posto haver o descumprimento de deveres por parte dos sócios gerentes/administradores da sociedade, nos termos da Súmula n. 435 do STJ.

7. Ressalte-se, bem assim, que o sócio, ora agravante, tinha poderes de administração, à época do fato gerador e da dissolução irregular da empresa, conforme se constata pela Ficha Cadastral expedida pela JUCESP (ID 7864806-págs. 52/53). Ademais, o documento (ID 7864804) não comprova que a empresa executada encontra-se em pleno funcionamento.

8. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029002-75.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 01/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/06/2020)

Ademais, nos termos do artigo 133, do Código de Processo Civil de 2015, "O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo." Assim, incabível sua instauração de ofício, conforme entendimento firmado nesta Egrégia Corte, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 135, III, CTN. REDIRECIONAMENTO A SÓCIOS. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. SOBRESTAMENTO. INAPLICABILIDADE.

1. Não cabe instauração, de ofício, do incidente de desconsideração da personalidade jurídica à luz do artigo 133, CPC/2015.

2. No IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000 a Corte não determinou a suspensão de executivos fiscais em que discutido redirecionamento, mas apenas de incidentes de desconsideração de personalidade jurídica regularmente admitidos na forma do artigo 133, CPC/2015.

3. O Código Civil prevê responsabilidade patrimonial de bens particulares de administradores e sócios da pessoa jurídica em razão de certas e determinadas obrigações, ao contrário do que se verifica resultante da aplicação do artigo 135, III, CTN, que gera a situação legal e processual de redirecionamento, a significar sujeição passiva tributária, a teor do artigo 121, II, CTN, daquele que for qualificado como responsável, de acordo com as hipóteses de responsabilidade tributária do artigo 135, III, CTN, que, por tal motivo, configura norma especial, sujeita a procedimento próprio no âmbito da legislação tributária, afastando a aplicação, portanto, da norma geral prevista nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

4. Portanto, seja porque inviável a instauração de ofício do incidente, como porque o trato da responsabilidade tributária do artigo 135, III, CTN, não se sujeita ao regime dos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 e ainda porque não houve decisão em IRDR para suspensão de executivos fiscais em que requerido o redirecionamento, cabe reformar a decisão agravada para que seja apreciado o pedido fazendário de redirecionamento da execução fiscal nos autos respectivos e independentemente de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5026575-71.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 05/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/07/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

I. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) já aprovou o Enunciado de número 53, proclamando que "o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015".

II. Convém, ainda, mencionar entendimento de que a responsabilidade tributária dos sócios, prevista pelo artigo 135 do CTN, por ser subjetiva, pessoal e direta, não configura caso de desconsideração da personalidade jurídica, o mesmo podendo ser dito em relação à hipótese prevista no art. 133 do CTN.

III. Nesse sentido, o Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (Forexec), edição 2015, reunindo juízes federais atuantes nas varas federais especializadas em execuções fiscais, aprovou o Enunciado de número 6, dispondo que "a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015".

IV. Destarte, não se sustenta a instauração do incidente do art. 133 do CPC/15, a uma porque não pode ordená-lo o juiz de ofício, a duas, porque é desnecessário na singularidade dos fatos aqui examinados.

V. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010573-26.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 04/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/10/2019)

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil de 2015, **dou provimento** ao agravo de instrumento, reformando a r. decisão agravada, para determinar a análise do pedido de redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes da empresa executada, sem a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026813-27.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

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

AGRAVADO: VILADE MADEIRAS E MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS contra decisão que, em sede de execução fiscal, em face do pedido de redirecionamento da ação ao sócio administrador da empresa executada em razão da dissolução irregularmente, determinou ao exequente que comprove se a apuração da constituição do crédito em desfavor do responsável tributário atendeu aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como se as obrigações a serem cobradas do responsável surgiram de abuso de personalidade e se decorrem de excesso de mandato e atos praticados com violação à lei, contrato social ou estatuto da sociedade, nos termos do decidido no RE n. 608.426-PR.

Sustenta a agravante, em síntese, que a certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza, que só pode ser ilidida por prova em sentido contrário, cujo ônus incumbe ao executado (art. 3º da Lei nº 6.830/80); que, por demandar prova, deve ser arguida somente em sede de embargos à execução, não podendo ser conhecida de ofício, pois o direito discutido é patrimonial e disponível; que a CDA que instruiu a inicial da execução fiscal está formalmente em ordem, pois observados todos os requisitos previstos no art. 2º, §5º da Lei nº 6.830/80; que é pacífico o entendimento da jurisprudência que basta a caracterização da dissolução irregular para ensejar o redirecionamento da execução fiscal, nos termos da Súmula 435 do C. STJ; que a Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.371.128/RS uniformizou a jurisprudência no sentido de deferir o redirecionamento em casos de dissolução irregular, inclusive quando se trata de dívida ativa não tributária; que o crédito é constituído em face da empresa, cabendo ao executado apontar, por meio de prova inequívoca, eventual vício. Esclarece que a Portaria PGFN nº 948, de setembro de 2017, refere-se exclusivamente à Procuradoria da Fazenda Nacional e aos créditos por ela cobrados, não se confundindo com a Procuradoria Geral Federal, órgão distinto da PGFN.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do presente recurso, reformando-se a r. decisão agravada (de fl. 71/71v.), a fim de que seja deferido o redirecionamento em face do(s) do(s) sócio(s) e administrador(es).

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

A questão vertida nos autos consiste na análise dos requisitos para redirecionamento da execução fiscal, ajuizada para cobrança de dívida não tributária, ao sócio administrador da empresa executada com fundamento na dissolução irregular desta.

Com efeito, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.101.728/SP, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (j. 11.03.2009, DJe 23.03.2009), sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou entendimento no sentido de que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa, independentemente da natureza do débito, é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

Nesse sentido, os julgados ora transcritos, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Esta Corte de Justiça, por ocasião da apreciação do REsp 1.371.128/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de que é possível o redirecionamento da execução fiscal contra o diretor da empresa executada, por dívida de natureza não tributária, em virtude de indícios de dissolução irregular, de acordo com a legislação civil.

2. Nesse passo, a instância ordinária deferiu o redirecionamento da execução à pessoa dos sócios por dívida não tributária pela ocorrência da dissolução irregular da empresa.

3. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte a quo, de modo a albergar as peculiaridades do caso, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPI. IMPOSTO DE RENDA. REDIRECIONAMENTO. ART. 135, III, DO CTN. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A NORMA LEGAL OU CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento segundo o qual o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa, independentemente da natureza do débito, é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. O Tribunal a quo se manifestou no sentido de que não há provas da existência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Entendimento diverso demandaria a análise das provas dos autos, impossível nesta Corte ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1433851/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014)

De outra parte, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.371.128/RS, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, consolidou entendimento no sentido de que a dissolução irregular de pessoa jurídica é ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito não-tributário, *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/CART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

(...)

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. (g.n.)

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. "Ubieademratioibieadem 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. ° 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG n° 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas BôasCueva, julgado em 13.09.2011; REsp.n.° 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)

Esclareça-se ainda que, quando há posterior constatação de hipótese que enseja a imputação de responsabilidade pelo débito tributário aos sócios gerentes e administradores da pessoa jurídica executada, nos termos do art. 135 do CTN, embora não sejam considerados contribuintes à época dos fatos geradores das obrigações tributárias e seus nomes não constem da CDA, podem ser incluídos no polo passivo da execução fiscal, porquanto o crédito tributário já está constituído em face da devedora originária, não havendo que se falar em decadência em relação ao sócio, cuja responsabilidade é subsidiária. Frise-se que o contraditório e da ampla defesa estão assegurados e podem ser exercidos na via própria dos embargos à execução fiscal, podendo a CDA ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos, conforme dispõe o art. 8º da Lei 6.830/80.

Reitere-se que, a teor do disposto na Súmula nº 435 do C. STJ, está autorizado o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gerente quando há **indícios** de que a empresa executada foi dissolvida irregularmente, o que configura infração à lei, apta a ensejar a responsabilização do administrador, *in verbis*: "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".

No caso dos autos, restou configurada a dissolução irregular da empresa executada, devidamente certificada pelo oficial de justiça (ID 7439162 - Pág. 21), que diligenciou sem êxito a citação da pessoa jurídica por não tê-la localizado no endereço indicado ao Fisco, conforme Ficha Cadastral da JUCESP de ID 7439162 - Pág. 30/31.

Assim, estando a r. decisão agravada em dissonância com o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, merece ser provido o presente agravo.

Ante o exposto, nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015, **dou provimento** ao agravo de instrumento, reformando a r. decisão agravada para determinar a análise do pedido de redirecionamento da execução fiscal aos sócios administradores, à luz das considerações supra.

Comunique-se. Intime-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos a Vara de origem.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018063-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

AGRAVADO: DANIEL SANFLORIAN SALVADOR

Advogado do(a) AGRAVADO: DANIEL SANFLORIAN SALVADOR - SP258096

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra r. decisão – ID 136123053, pág. 28, que rejeitou integralmente a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelo ora agravante, na qual sustentou a existência de excesso de execução, em razão do cômputo indevido de juros de mora sobre a verba honorária executada.

Sustenta o agravante, em síntese, que, sendo o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo uma autarquia federal, a ele se aplica o “Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal”, item 4.2.2 JUROS DE MORA, pág. 38, sendo este claro ao estabelecer que os juros moratórios incidirão no percentual de 0,5% ao mês, com termo inicial a partir do trânsito em julgado. Afirma que aplicada tal sistemática no cálculo dos juros de mora, tem-se como correto o valor de R\$ 3.835,58 (três mil oitocentos e trinta e cinco reais e cinquenta e oito centavos) para agosto/2018 (mesma data de referência utilizada pelo Exequente em seu cálculo de pág. 02). Afirma que não prospera o fundamento de que teria havido preclusão para suscitação das matérias invocadas, visto que o Conselho foi intimado nos termos do art. 535 do CPC, porque o Juízo entendeu que aplicava-se a entidade autárquica o procedimento de execução contra a Fazenda Pública, sujeitando o pagamento do débito por meio de regime de requisição de pequeno valor ou precatório, o que levou o Conselho a defender que não caberia a incidência de juros de mora sobre o valor do débito, enquanto não vencido o prazo para pagamento da RPV, não fazendo sentido naquele momento pugnar pelo incide de 0,5% de juros ao mês. Afirma que somente após a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença, sobreveio decisão de reconsideração, em que o MM. Juízo mudou seu entendimento para que não mais esta entidade executada se submetesse ao procedimento do art. 535 do CPC, e sim ao rito do art. 523 do CPC. Logo, resta evidente que não há que se falar em preclusão para a discussão sobre o percentual a incidir mensalmente de juros ao débito, visto que o R. juízo alterou o rito de execução a ser aplicado a esta entidade executada, após a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença, assim, igualmente deve ser oportunizado a esta autarquia a possibilidade de defender-se nos termos do novo rito adotado.

Requer o provimento do recurso, para reformar a r. decisão, determinando a incidência dos juros de mora de 0,5% ao mês, a partir do trânsito em julgado (ID 136122864).

Regularmente intimado, o agravado deixou de apresentar contraminuta.

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

Cinge-se a controvérsia recursal quanto ao termo inicial e ao percentual de juros moratórios incidentes sobre condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

É certo que a execução ou cumprimento de sentença deve ser adstrita ao comando sentencial trânsito, não cabendo discussão acerca de matérias já decididas e acobertadas pelo manto da coisa julgada.

No presente caso, o título executivo judicial oriundo de execução fiscal, julgou extinto o processo e condenou o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 2.500,00 (ID 136123053, pág. 5/6).

Houve trânsito em julgado aos 09.02.2015 (136123053, pág. 7).

O advogado pleiteou na fase de cumprimento de sentença o valor de R\$ 4.695,90 (para 08/2018), relativo aos honorários sucumbenciais (ID 136123053, pág. 1/2).

O Conselho Profissional apresentou impugnação, insurgindo-se contra o cômputo dos juros de mora, sob o fundamento de que apenas seria constituído em mora caso não respeitasse o prazo para pagamento do precatório ou do requisitório de pequeno valor (ID 136123053, pág. 11/13).

A r. decisão agravada rejeitou a impugnação apresentada pelo Conselho Profissional, sob o fundamento de que os juros de mora seriam devidos desde a data do trânsito em julgado da decisão, visto que os Conselhos de Fiscalização Profissional não se submetiam ao regime de precatórios (ID 136123053, pág. 28).

Em embargos de declaração, o Conselho argumentou que haveria excesso de execução, visto que o exequente aplicou juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, enquanto que seriam devidos no patamar de 0,5% ao mês, em conformidade com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (ID 136123053, pág. 34/40).

Os embargos foram rejeitados, sob o fundamento de que o embargante não deduziu, nem mesmo subsidiariamente, no bojo da impugnação ao cumprimento de sentença, pedido pela aplicação de juros em índices diversos daqueles apontados pelo exequente (ID 136123053, pág. 58).

Pois bem

Na espécie, o título executivo foi silente quanto à correção monetária e à taxa de juros incidentes sobre a verba honorária.

À luz da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, “a alteração dos índices de correção monetária e juros de mora, por se tratarem de consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública, cognoscível de ofício” (AgRg no AREsp 32.250/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 15/03/2016).

Sendo assim, tendo em vista constituir matéria de ordem pública, admite-se a análise da adequação do cálculo apresentado pelo exequente, no tocante à taxa de juros aplicada.

Na espécie, tratando-se de cumprimento de sentença contra Autarquia Federal, cabível a aplicação do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, o qual preceitua no item 4.1.4.3. - “Honorários fixados em valor certo”, que os juros moratórios terão por termo inicial de contagem a data do trânsito em julgado do título judicial, computados no “mesmo percentual incidente 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%; - 70% da taxa Selic ao ano, mensalizada, nos demais casos”, conforme item 4.2.2. do referido Manual.

Neste sentido, cito os seguintes precedentes deste E. Tribunal Regional Federal, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DELEGADA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. MATÉRIA NÃO TRATADA NO TÍTULO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO. MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A cognição na fase de execução de sentença limita-se ao que restou decidido no título judicial.

2. É pacífico o entendimento na jurisprudência no sentido de que, sendo a sentença exequenda omissa acerca dos índices de correção monetária a serem utilizados, não há qualquer empeco para aplicação dos índices expurgados na fase de liquidação, não configurando julgamento ultra petita nem mesmo ofensa à coisa julgada, desde que não tenha havido o trânsito em julgado e observado o princípio do contraditório.

3. O feito foi apreciado pelo Juízo Estadual, por força de competência delegada.

4. Aplicável o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal.

5. Fixada a aplicação do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, assiste razão à agravante quanto ao termo de incidência dos juros moratórios, visto que o referido manual estabelece que os juros incidem a partir da data da citação do devedor no processo de execução.

6. Agravo de instrumento provido”.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO, 5018362-42.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 27/11/2020, Intimação via sistema DATA: 01/12/2020)

“CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TÍTULO EXECUTIVO. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO. CONSECTÁRIOS LEGAIS. OMISSÃO. FIXAÇÃO NO ÂMBITO DA LIQUIDAÇÃO/EXECUÇÃO. ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR CERTO. JUROS MORATÓRIOS. CITAÇÃO DA EXECUTADA.

1. Pretende a agravante, Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF/SP, a aplicação da Tabela Prática para Cálculos da Fazenda Pública, bem como restringir a incidência dos juros moratórios a partir da citação para o cumprimento de sentença, sob o índice de 6% a.a. (0,5% a.m.), nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

2. O cumprimento de sentença deve se dar nos exatos termos constantes no título executivo, não sendo cabível, portanto, qualquer modificação ou inovação a partir da rediscussão da lide, sob pena de violação à coisa julgada. Precedente.

3. Na hipótese de inexistência de especificação dos índices de correção monetária a serem aplicados, pode haver a correspondente fixação no curso da liquidação ou execução, ainda que de ofício, a fim de integrar a decisão a ser executada, consoante se observa dos seguintes julgados. Precedentes.

4. Não há que se falar na aplicabilidade da “Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais relativos às Fazendas Públicas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” na hipótese, já que, **ajuzada a ação na Justiça Estadual por força da competência delegada, devem prevalecer, para fins de liquidação dos honorários advocatícios devidos, os índices constantes do “Manual de Cálculos da Justiça Federal”. Precedente desta Corte.**

5. Tem-se perante esta E. Terceira Turma, que, tratando-se de execução promovida em face de Conselho Regional de Farmácia, a correção monetária deve ser apurada com base no referido Manual de Cálculos da Justiça Federal (APELAÇÃO CÍVEL - 2046505 0008033-08.2015.4.03.9999, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2016).

6. **É de se ressaltar, por fim, que os critérios de atualização do débito constituem consectários legais que podem, inclusive, ser retificados de ofício, dada a sua natureza de ordem pública. Precedentes.**

7. Saliente-se que não se trata de qualquer violação à coisa julgada, já que tais índices foram fixados somente na presente fase de liquidação, à míngua do correspondente comando no título executivo.

8. Agravo de instrumento parcialmente provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO, 5003424-13.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 09/11/2018, Intimação via sistema DATA: 22/11/2018)

Considerando o parcial acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença, fixo a verba honorária em favor do Conselho Profissional em 10% (dez por cento) sobre o valor do excesso de execução.

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, do Código de Processo Civil, **dou parcial provimento** ao agravo de instrumento, para determinar que os juros de mora sejam calculados a partir da data do trânsito em julgado e no percentual especificado no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, conforme acima explicitado.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Comunique-se. Intime-se.

São Paulo, 3 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001478-78.2019.4.03.6108

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: BARRACAO SUPERMERCADO LTDA, BARRACAO SUPERMERCADO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A
Advogado do(a) APELANTE: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por BARRACÃO SUPERMERCADO LTDA em face da r. sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado contra o DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU, objetivando obter provimento jurisdicional que assegure o direito de creditamento de PIS e COFINS pelo regime da não-cumulatividade estabelecido pelas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 em relação às despesas com serviços de cartão de crédito, de débito e tíquete alimentação, sem prejuízo de compensar os valores recolhidos indevidamente a tais títulos nos cinco anos anteriores à impetração, atualizados com base na Taxa SELIC.

A r. sentença julgou improcedente o pedido e denegou a segurança, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, por entender que os serviços de cartão de crédito, débito e tíquete alimentação configuram uma forma de facilitar o pagamento das mercadorias comercializadas, não se enquadrando no conceito de insumo. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 (ID 135338632).

Apela a impetrante sustentando, em síntese, que os serviços de cartões de débito e crédito constituem insumo na atividade empresarial desenvolvida mas que o Fisco, a despeito disso, não reconhece a possibilidade de se tomar crédito de PIS e COFINS sobre essas despesas por ausência de previsão legal nesse sentido. Aduz que o E. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que a caracterização de determinada despesa como insumo, para fins de creditamento de PIS e COFINS, deve ser feita à luz dos critérios da essencialidade e relevância. Argumenta que “*se a atividade econômica da empresa restar prejudicada pela ausência do bem ou serviço, este item deverá ser considerado como insumo.*” Afirma, por fim, que as taxas de administração pagas às operadoras de cartões de crédito e de débito são insumos inerentes à sua atividade econômica, posto que para vender suas mercadorias e auferir receita bruta tributável tais dispêndios são imprescindíveis. Requer seja dado provimento ao recurso para que seja concedida a segurança postulada (ID 135338638).

A UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) apresentou contrarrazões sustentando que o regime da não-cumulatividade do PIS e da COFINS é uma faculdade de natureza extrafiscal conferida ao legislador para definir os setores da economia aos quais deverá ser aplicado, nos termos do art. 195, § 12, da CF. Aduz que as hipóteses de creditamento estão previstas nas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 e que “*o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua classificação contábil, deve ser tomado como base de cálculo das contribuições*”. Argumenta que não devem ser consideradas insumos as despesas com as quais a empresa precisa arcar para o exercício das suas atividades, que não estejam intrinsecamente relacionadas ao exercício de sua atividade-fim e que sejam mero custo operacional. Requer o desprovimento do apelo (ID 135338641).

Subiram os autos a esta E. Corte.

A ilustre representante do Ministério Público Federal manifestou-se tão somente pelo prosseguimento do feito (ID 136402161).

É o relatório.

DECIDO.

Cabível a aplicação do art. 932, IV, “b”, do Código de Processo Civil.

A questão vertida nos autos cinge-se à possibilidade de creditamento de PIS e COFINS sobre as despesas com serviços de administração de cartões de crédito e de débito e de tíquete alimentação, de acordo com o regime da não-cumulatividade instituído pelas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003.

Com efeito, a controvérsia jurídica referente à exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, de taxas/comissões pagas a administradoras de cartões de crédito/débito, já foi decidida por ambas as Turmas do E. Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende das ementas *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONCEITO DE FATURAMENTO E RECEITA BRUTA. ART. 195, I, b, DA CRFB/88. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

(ARE 813397 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 11-11-2015 PUBLIC 12-11-2015)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes. II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Destarte, o valor da taxa de administração de cartão de crédito/débito constitui despesa operacional e integra a receita obtida pela pessoa jurídica com a venda do produto/serviço, ainda que tal percentual fique retido pela operadora no repasse dos valores da operação (RE nº 744.449-Agr/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Por outro lado, a taxa de administração de cartão de crédito ou débito não se enquadra entre as exclusões de base de cálculo de PIS e COFINS contidas nos arts. 2º e 3º, § 2º, da Lei nº 9.718/98 e art. 1º, §§ 2º e 3º, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003.

Cabe acrescentar que, em 04 de setembro de 2020, o Plenário do STF, apreciando o Tema 1024 de repercussão geral no RE nº 1.049.811, negou provimento ao recurso extraordinário da empresa. Em consequência, mantida a constitucionalidade da exigência ora discutida, de modo que os valores retidos por administradoras de cartões de crédito e débito compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS devidas pela empresa. A tese do julgado será fixada em assentada posterior.

A toda evidência, assim, se os valores em questão, por disposição legal, devem integrar a base de cálculo dos tributos PIS e COFINS, não podem ser considerados como créditos para a composição da mesma base de cálculo, tal como pretendido pela.

Ainda que assim não fosse, os serviços de publicidade e de cartão de crédito e débito não se enquadram no conceito de insumo à luz do critério da essencialidade, pois não são indispensáveis ao exercício da atividade econômica explorada pela impetrante, em que pese sejam ínegáveis mecanismo de fomento às suas atividades e ferramenta facilitadora de transações financeiras e de pagamentos colocada à disposição dos consumidores e clientes em geral.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEPE COFINS NÃO CUMULATIVAS. TAXA PAGA ÀS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. CONCEITO DE INSUMO AFERIDO À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, II, do CPC/1973 quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, o tema da inclusão da taxa paga às operadoras de cartão de crédito e débito na base de cálculo do PIS e da COFINS passa pela definição e conceito de receita e faturamento previstos no art. 195, I, "b", da Constituição Federal/1988, sendo, portanto, matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. "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" (REsp 1.221.170/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 24/4/2018).

4. Inviável reconhecer que as despesas com as operadoras de cartão de crédito e débito sejam consideradas insumos em face da sua não essencialidade no processo produtivo, na medida em que se trata de forma de pagamento complementar à disposição dos consumidores.

5. Agravo interno a que se nega provimento."

(AgInt nos EDcl no AREsp 1176156/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 07/06/2019)

“TRIBUTÁRIO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÕES. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. TEMA ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. INCLUSÃO NO CONCEITO DE INSUMO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a verificação se a taxa de administração dos cartões de débito e crédito deve integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS incorre, fatalmente, na definição do conceito de faturamento previsto no art. 195, I, "b", da Constituição Federal, revestindo-se de matéria estritamente constitucional, cuja apreciação por meio de recurso especial fica vedada a esta Corte de Justiça, sob pena de invasão de competência atribuída ao STF.

2. Ademais, o STF já se manifestou sobre o específico tema tratado, deixando consignado que, "para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais" (AgRg no RE 816.363/RS, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 5.8.2014, DJe-157 15.8.2014), de modo que o valor da taxa de administração cobrado pelas operadoras de cartão de crédito/débito constitui despesa operacional e integra a base de cálculo de tais contribuições.

3. Se à luz da Carta Magna a Suprema Corte já definiu que a referida taxa insere-se no conceito de faturamento para constituir a base de cálculo do PIS e da COFINS, não haveria, sobre o alegado ângulo infraconstitucional, espaço para dissentir de tal conclusão.

4. "Para fins de creditamento de PIS e COFINS (art. 3º, II, da Leis 10.637/02 e 10.833/03), a idéia de insumos, ainda que na sua acepção mais ampla, está relacionada com os elementos essenciais à realização da atividade fim da empresa. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.230.441/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013" (AgRg no REsp 1.244.507/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013).

5. A taxa de administração de cartões de crédito não se enquadra no conceito de consumo, pois constitui mera despesa operacional decorrente de benesse disponibilizada para facilitar a atividade de empresas com seu público alvo. Agravo regimental improvido."

(AgRg nos EDcl no REsp 1427892/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 22/04/2015)

Destarte, não sendo reconhecido o direito ao creditamento postulado pela impetrante, resta prejudicado o pedido de compensação do indébito tributário.

Assim, é de ser mantida a sentença.

Pelo exposto, com supedâneo no art. 932, IV, "b", do Código de Processo Civil, **nego provimento** à apelação, nos termos da fundamentação supra.

Observadas as formalidades legais, oportunamente, baixemos autos ao Juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 16 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0021054-71.2006.4.03.6182

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: MAURICIO PINTO DE OLIVEIRA SA - SP141742-A

Advogado do(a) APELADO: MAURICIO PINTO DE OLIVEIRA SA - SP141742-A

Advogado do(a) APELADO: MAURICIO PINTO DE OLIVEIRA SA - SP141742-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de apelação cível interposta pela UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL em face de sentença que indeferiu o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio administrador e julgou extinta a ação, nos termos do art. 485, IV, e 143, ambos do novo Código de Processo Civil, tendo em vista que a pessoa jurídica executada foi extinta por meio de distrato social, configurando o encerramento regular da sociedade empresária.

Sustenta a apelante, em síntese, que a empresa executada encerrou suas atividades sem deixar patrimônio suficiente para saldar suas dívidas. Conforme extrato da JUCESP, a empresa firmou distrato social sem que tivesse havido a fase de liquidação, o que configura dissolução irregular a autorizar o redirecionamento, visto que permanece a responsabilidade da pessoa jurídica e de seus sócios administradores pelo adimplemento da obrigação tributária.

Requer o provimento da apelação recurso, para reformar r. sentença de primeiro grau.

Comcontrarrrazões vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de redirecionamento da execução fiscal de dívida tributária, com fundamento na dissolução irregular da pessoa jurídica, objeto de distrato social antes do ajuizamento da ação, sem a quitação total dos débitos para com o fisco.

No presente caso, a execução fiscal foi ajuizada em 05.05.2006 (ID 145101866), para cobrança de débito tributário constituído através de auto de infração com notificação ao contribuinte em 06.05.2004 e inscrito em dívida ativa em 12.09.2013 (ID 145101867). Em 22.02.2007 foi requerida a inclusão dos sócios administradores da empresa executada José Aparecido Galerani e Maria Aparecia Garcia Alerani no polo passivo da ação, com fundamento na dissolução irregular da empresa executada (ID 145101866 - Pág. 32).

Consta da Ficha Cadastral da JUCESP que a empresa executada firmou distrato social em 21.06.2002 (ID 145101866 - Pág. 38).

Com efeito, o artigo 135 do Código Tributário Nacional estabelece, no seu inciso III, a responsabilidade tributária dos "*diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado*", que têm, por lei, contrato ou estatuto social, poderes para pessoalmente praticar atos sociais, inclusive o de cumprir ou mandar cumprir as obrigações tributárias da pessoa jurídica.

É firme a orientação da jurisprudência no sentido de que a infração, apta a autorizar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza com a mera inadimplência fiscal, razão pela qual não basta provar que a empresa deixou de recolher tributos durante a gestão de determinado sócio, sendo necessária, também, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da sua responsabilidade pela dissolução irregular da empresa (v.g. **repetitivo Resp 1.101.728/SP**).

De outra parte, pacificou-se no E. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "*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*" (**Súmula nº 435/STJ**), e de que a certidão do Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não foi encontrada no endereço fornecido como domicílio fiscal constitui indício suficiente de dissolução irregular, permitindo, portanto, a responsabilização do gestor, nos termos do art. 135, III, do CTN, e o redirecionamento da execução contra ele.

Confira-se, a esse respeito, sintetizando a orientação daquela Corte Superior:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA QUE INFORMA NÃO TER ENCONTRADO A EMPRESA NO ENDEREÇO INDICADO PELO FISCO PARA CITAÇÃO. REDIRECIONAMENTO. PRESUNÇÃO 'JURIS TANTUM' DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. ART. 135, DO CTN. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 435/STJ.

1. Em execução fiscal, certificada pelo oficial de justiça a não localização da empresa executada no endereço fornecido ao Fisco como domicílio fiscal para a citação, presume-se (juris tantum) a ocorrência de dissolução irregular a ensejar o redirecionamento da execução aos sócios, na forma do art. 135, do CTN. Precedentes: EREsp 852.437 / RS, Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22.10.2008; REsp 1343058 / BA, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 09.10.2012.

2. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros junto aos órgãos de registros públicos e ao Fisco, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, os referentes à dissolução da sociedade. Precedente: EREsp 716412 / PR, Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12.9.2007.

3. Aplica-se ao caso 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'.

4. Recurso especial provido."

(REsp 1374744/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 17/12/2013.)

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INFRAÇÃO À LEI. REQUISITOS DO ART. 135 DO CTN. APRECIÇÃO. ENUNCIADO SUMULAR N. 7/STJ. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 435 DA SÚMULA DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. REEXAME. ALEGAÇÕES DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. INEXISTENTES.

I - Na origem, trata-se de execução fiscal ajuizada pela União que foi redirecionada para a sócia-administradora da empresa executada, a qual opôs exceção de pré-executividade. No Juízo de origem, rejeitou-se a exceção. No Tribunal a quo, negou-se provimento ao agravo de instrumento. Esta Corte negou seguimento ao recurso especial.

II - Com efeito, para se aferir eventual violação do art. 135, III, do CTN, investigando-se a prática de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, é necessário o reexame do conjunto probatório dos presentes autos, o que encontra óbice no Enunciado Sumular n. 7/STJ.

III - Ainda que fosse superado esse óbice, ad argumentandum tantum, verifica-se que o recurso não comportaria acolhimento em seu mérito.

IV - No presente caso, o Tribunal de origem manteve o redirecionamento da execução fiscal em face da sócia-administradora, considerando o fato de que, ao proceder à citação da pessoa jurídica, o Oficial de Justiça certificou que estava inativa e sem bens passíveis de penhora, muito embora a empresa continuasse com o registro ativo e com o mesmo endereço informado na inicial da execução. Confira-se trecho do acórdão recorrido: "(...) Certifico que, segundo informação prestada pelo Dr. Josué, e empresa Ooze Leather Comercio e Representacoes de Couro Ltda. - ME (10.504.409/0001-07), está inativa e sem bens passíveis de penhora. (...) (Evento28/EXTR2). Ainda, de acordo com informações juntadas no Evento 28, verifica-se que na consulta realizada perante a Junta Comercial do Rio Grande do Sul, a empresa continua com o Registro Ativo, e com o mesmo endereço informado na inicial da execução, cito à Rua Porto Alegre, 385, Vila Nova, Novo Hamburgo."

V - Assim, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que é viável o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do sócio-administrador, quando há indícios de dissolução irregular da sociedade, diante da certidão do Oficial de Justiça atestando que a empresa não funciona mais no seu endereço. Incidência do Enunciado Sumular 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"). A propósito: AgInt no REsp n. 1.587.168/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/5/2019, DJe 16/5/2019; REsp n. 1.675.067/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017; AgRg no AREsp n. 414.135/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/2/2014 e AgRg no REsp n. 1.339.991/BA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 12/9/2013.

VI - Quanto à alegada divergência jurisprudencial, verifico que a incidência do Óbice Sumular n. 7/STJ impede o exame do dissídio, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados.

VII - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1825207/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 10/03/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA ATESTANDO A NÃO LOCALIZAÇÃO DA EMPRESA NO ENDEREÇO INDICADO. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. POSSIBILIDADE DO REDIRECIONAMENTO. SÚMULA N. 435 DO STJ. PRECEDENTES.

1. No julgamento do REsp 1.101.728/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, esta Corte firmou a compreensão de que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem divergiu do entendimento sedimentado no âmbito do STJ, na Súmula n. 435 do STJ, segundo o qual "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. Além do mais, a certidão emitida por oficial de justiça, atestando que a empresa devedora não funciona mais no endereço constante dos seus assentamentos na junta comercial, constitui indício suficiente de dissolução irregular e autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes. Precedentes: AgRg no Resp 1.339.991/BA, Rel. Ministro Sergio Kukina, Primeira Turma, DJe 12/9/2013; REsp 1.675.067/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017; AgRg no AREsp 414.135/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/2/2014.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1587168/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2019, DJe 16/05/2019)

De outra parte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou, ainda, entendimento no sentido de que "**O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes. Para verificação da regularidade da dissolução da empresa por distrato social, é indispensável a verificação da realização do ativo e pagamento do passivo, incluindo os débitos tributários, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica para fins tributários**", in verbis:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INSURGÊNCIA. ARGUMENTOS JÁ ANALISADOS NA DECISÃO MONOCRÁTICA.

I - Na origem, a parte ora recorrente ajuizou execução fiscal, tendo sido determinado o redirecionamento do feito.

II - O Juízo de primeira instância extinguiu a execução fiscal, sob o fundamento de que a executada promoveu a averbação do distrato na JUCESP, com o consequente encerramento regular da pessoa jurídica.

III - Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que o distrato social constitui modo regular de dissolução da sociedade e que não ficou comprovado que os sócios tenham agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

IV - A hipótese dos autos é a seguinte: A União noticiou a liquidação voluntária da empresa (fls. 31/32) e requereu a inclusão dos sócios administradores [...], que constam da CDA como corresponsáveis pela dívida exequenda (fl. 17 e 28). O pedido foi indeferido, porque o distrato fora averbado na junta comercial (fl.

65/66). Esses são os fatos. (fl. 139).

V - Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica no sentido de que o distrato social é apenas uma das etapas necessárias à extinção da sociedade empresarial, não constituindo condição suficiente para atestar a regularidade da dissolução, de modo que é indispensável a posterior realização do ativo e pagamento do passivo, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica.

Nesse sentido: REsp n. 1.795.248/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29/5/2019; REsp n. 1.636.735/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/8/2018; AgInt no AREsp n. 902.673/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 2/5/2017; AgInt nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.552.835/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/8/2016.

VI - Correta, portanto, a decisão recorrida que deu provimento ao recurso especial da Agência Nacional de Petróleo e Gás para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, mediante a análise do conteúdo fático-probatório dos autos, seja verificado o cumprimento das etapas subsequentes ao distrato, com a realização do ativo e pagamento do passivo.

VII - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1861222/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/06/2020, DJe 01/07/2020)

EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO AO SÓCIOS GERENTES. INDEFERIMENTO. DISTRATO SOCIAL REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL. VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DA DISSOLUÇÃO.

I - O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes.

II - Para verificação da regularidade da dissolução da empresa por distrato social, é indispensável a verificação da realização do ativo e pagamento do passivo, incluindo os débitos tributários, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica para fins tributários.

Precedentes: REsp n. 1.764.969/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 28/11/2018 e REsp n. 1.734.646/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 13/6/2018.

III - Recurso especial provido.

(REsp 1777861/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA. INEXISTÊNCIA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. MATÉRIA PREQUESTIONADA. MICROEMPRESA. REGISTRO DE DISTRATO. INCLUSÃO DO SÓCIO-GERENTE NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. ART. 9º DA LC N. 123/2006. ARTIGOS 134, VII, E 135, III, DO CTN. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. PRECEDENTES.

(...)

3. Este Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento de que "O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes." (REsp 1.777.861/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/2/2019), sendo necessária a realização do ativo e do pagamento do passivo, para a regular extinção da pessoa jurídica.

4. Tratando-se de execução fiscal proposta em desfavor de micro ou pequena empresa regularmente extinta, é possível o imediato redirecionamento do feito contra o sócio, com base na responsabilidade prevista no art. 134, VII, do CTN, cabendo-lhe demonstrar a eventual insuficiência do patrimônio recebido por ocasião da liquidação para, em tese, poder se exonerar da responsabilidade pelos débitos exequendos. Precedentes: REsp 1.591.419/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, Dje 26/10/2016; AgInt no REsp 1.737.621/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, Dje 27/2/2019.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1737677/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019)

In casu, o distrato social ocorreu antes mesmo da constituição do crédito tributário e sua inscrição em dívida ativa, não havendo que se falar em dissolução irregular a autorizar a inclusão dos administradores no polo passivo da execução fiscal.

Neste sentido, cito precedentes desta Corte Regional:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO POLO PASSIVO. DÍVIDA CONSTITUÍDA POSTERIORMENTE AO REGISTRO DO DISTRATO NA JUNTA COMERCIAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "o distrato social é apenas uma das etapas necessárias à extinção da sociedade empresarial, sendo indispensável a posterior realização do ativo e pagamento do passivo". Nesse sentido: REsp 1764969/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJE DATA:28/11/2018.

2. Contudo, no caso em voga, o registro de distrato ocorreu em 23/08/2002 (ID 100026681, p. 90), ou seja, em data anterior à constituição da dívida em cobro, em 02/09/2002 (ID 100026681- p. 5), e a inscrição em dívida ativa ocorreu somente em 2006, com início do processo em 2007. Ainda que o fato gerador fosse referente ao período de agosto de 2002, não é possível afirmar que existia, ao tempo do registro, qualquer óbice ou impedimento legal ao encerramento regular da sociedade.

3. Inviável se mostra a pretensão de redirecionamento da execução fiscal, pois a formalização do distrato social, quando inexistia débito tributário em aberto, constitui modalidade de encerramento regular da sociedade. Além disso, não há outros elementos que evidenciem a prática de atos com infração à lei, a ensejar a responsabilização dos sócios administradores. Precedentes.

4. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5027579-46.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO POLO PASSIVO. DÍVIDA CONSTITUÍDA POSTERIORMENTE AO REGISTRO DO DISTRATO NA JUNTA COMERCIAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "o distrato social é apenas uma das etapas necessárias à extinção da sociedade empresarial, sendo indispensável a posterior realização do ativo e pagamento do passivo". Nesse sentido: REsp 1764969/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJE DATA:28/11/2018.

2. Contudo, no caso em voga, o registro de distrato ocorreu em 10/05/2017, ou seja, em data anterior à constituição da dívida em cobro e inscrição em dívida ativa, em 26/06/2017, com início do processo em 31/07/2018. Ainda que o fato gerador seja referente ao período de maio de 2017, não é possível afirmar que existia, ao tempo do registro, qualquer óbice ou impedimento legal ao encerramento regular da sociedade.

3. Inviável se mostra a pretensão de redirecionamento da execução fiscal, pois a formalização do distrato social, quando inexistia débito tributário em aberto, constitui modalidade de encerramento regular da sociedade. Além disso, não há outros elementos que evidenciem a prática de atos com infração à lei, a ensejar a responsabilização dos sócios administradores. Precedentes.

4. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005498-69.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado DENISE APARECIDA AVELAR, julgado em 10/08/2020, Intimação via sistema DATA: 14/08/2020)

Ante o exposto, nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015, **nego provimento** à apelação, mantendo a r. sentença.

Observadas as formalidades legais, baixemos os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007921-78.2019.4.03.6000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: DILZA DE SOUZA OLIVEIRA

Advogados do(a) APELANTE: LUDHIANA DA CRUZ GUIMARAES RINALDI NETTO - MS16451-A, CAROLINA ALVES MUNIZ DE FREITAS - MS16141-A, RENATA PAULA POSSARI MENDONCA - MS7178-A

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007921-78.2019.4.03.6000

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 193/666

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: DILZA DE SOUZA OLIVEIRA

Advogados do(a) APELANTE: LUDHIANA DA CRUZ GUIMARAES RINALDI NETTO - MS16451-A, CAROLINA ALVES MUNIZ DE FREITAS - MS16141-A, RENATA PAULA POSSARI MENDONCA - MS7178-A

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se ação anulatória de multa decorrente de auto de infração.

A r. sentença (fls. 01/10, ID 123390583) julgou o pedido inicial improcedente, nos termos do 487, I, Código de Processo Civil. Condenou os embargantes ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Apelação da autora (fls. 17/23, ID 123390584), na qual aduz o reconhecimento superveniente da nulidade do auto de infração pela administração.

Afirma a inexistência de desmatamento ilegal. Haveria, também, nulidade por ausência de intimação e inobservância do duplo grau de jurisdição.

Alega que a penalidade acessória foi cobrada indevidamente.

Contrarrazões (ID 123390586).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007921-78.2019.4.03.6000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: DILZA DE SOUZA OLIVEIRA

Advogados do(a) APELANTE: LUDHIANA DA CRUZ GUIMARAES RINALDI NETTO - MS16451-A, CAROLINA ALVES MUNIZ DE FREITAS - MS16141-A, RENATA PAULA POSSARI MENDONCA - MS7178-A

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Toru Yamamoto:

A Lei Federal nº 9.784/1999:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 2006). Vigência

No caso concreto, a empresa executada foi autuada em 04 de outubro de 2003 (fls. 26, ID 123387763).

A conduta imputada à apelante: “Desmatamento de 638 hectares em área de preservação permanente. A referida área está contida no processo de desmatamento nº 02014.000565/03-25 não obedece o Item 5 da Autorização nº 169/2003(…)”

De maneira quase simultânea à prolação da sentença, em 18 de maio de 2018, a autoridade administrativa (Serviço de Normatização do Processo Sancionador Ambiental) proferiu Manifestação Técnica nos seguintes termos (fls. 03/05, ID 123390585):

“(…) O presente processo trata de auto de infração lavrado na ata de 04/10/2003, pelo desmatamento de 638 hectares de área de preservação permanente, infração enquadrada no artigo 25 do Decreto 3.1179/99, com multa indicada no valor de R\$ 957.00,00. Além da autuação, observa-se que a área suprimida foi embargada através do termo e nº 201619/C (…)

Entretanto, apesar dos autos terem sido remetidos para avaliar o pedido de conversão da multa pela adesão ao Programa de Regularização Ambiental (PRA), cabe de ofício, nos termos do artigo 53 da Lei 9.784/1999, reconhecer a nulidade procedimental na homologação da sanção, uma vez que não foi proferida decisão recursal pela autoridade competente, pois o Superintendente do Ibama em Mato Grosso do Sul já havia julgado a pasta em 1ª instância, e mesmo entendendo que a sua decisão não era passível de ser alterada, deveria encaminhar o processo à autoridade superior (Presidente do Ibama) para julgar a petição com característica de recurso, conforme determina o artigo 56, §1º, da citada lei, em vez de determinar o prosseguimento da cobrança do débito. De fato, o parecer jurídico que acolheu não enfatizou as etapas que deveriam ser seguidas, recomendando apenas a manutenção do julgamento proferido e a comunicação do evento ao Ministério Público (fls. 48/50). Desse modo, o erro de procedimento acabou por suprimir uma etapa processual prevista em lei (art. 57) e na Instrução Normativa vigente à época, tolhendo da parte autuada o exercício da ampla defesa, o que leva a concluir que todos os atos praticados no processo, desde a deliberação que determinou a evolução da cobrança em 08/08/2007 (fls. 53), são nulos, devendo o feito retroagir à fase recursal. (...)

Assim, diante dos fundamentos e fatos expostos, recomenda-se, em nome da autotutela administrativa e em razão da patente nulidade procedimental, que a Autoridade Competente para o exame processual profira decisão, nos termos do artigo 65 da Lei nº 9784/1999, determinando o cancelamento do auto de infração nº 371455/D e a baixa do débito. No mesmo julgamento deverá manter os efeitos do embargo aplicado através do termo de nº 201619/C, até que a parte autuada demonstre a regularidade ambiental plena, conforme explanado. Comunicar a Procuradoria Federal para baixar o débito da dívida ativa, em virtude da ocorrência da prescrição que afeta os autos, ao retornar o feito à fase processual não maculada pela nulidade. (...)

Após a Nota Técnica, a Procuradoria Federal Especializada Junto ao IBAMA em Campo Grande/MS (fls. 06, ID 123390585):

“(...) Tendo em vista que o débito já foi constituído, ainda que se entenda pela nulidade em sua constituição, sua desconstituição é vedada ao IBAMA, conforme arts. 5º e 6º do Decreto 9.194/17, cabendo à PGF, por meio da SCRC manifestar-se sobre a ocorrência da nulidade e prescrição apontadas e pela desconstituição do auto de infração. (...)”

e

“Apesar de apontar a nulidade, A Manifestação Técnica entendeu que por o auto já estar em cobrança, caberia à Procuradoria Federal, responsável pela cobrança, manifestar-se sobre a nulidade não cabendo ao IBAMA.

Em razão disso, quando do retorno dos autos, encaminhamos os mesmos à SCRC/PF/MS que se manifestou de forma contrária, entendendo caber à autarquia rever seus próprios atos e assim anular o processo.

Entendo que já houve manifestação da autarquia pela nulidade na referida manifestação técnica, já que a Procuradoria Federal diz que cabe à autarquia essa análise e manifestação, ela é válida e deve ser adotada. (...)”

Por sua vez, o Núcleo de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria Federal em Mato Grosso do Sul (fls. 08, ID 123390585):

“Não cabe ao setor de cobrança da PF/MS se imiscuir no princípio da autotutela, ora em questão, e nem mesmo a gestão dos créditos lhe atribui tal prerrogativa (Decreto 9.194/2017), posto que cabe a este setor gerir o que o ente público considera devido e enquanto assim o considere, além do que não está embutido no termo gestão a disponibilidade do que está sendo gerido.

Caso não considere devido, pelo exercício do princípio da autotutela (art. 53 da Lei 9.784/99), não restará outra alternativa à PF/MS que não os procedimentos necessários para cumprir a decisão administrativa, seja pela extinção da execução fiscal, seja pelo cancelamento da inscrição em dívida ativa.

No entanto, é facultado ao IBAMA, caso assim entenda, se valer; em caso de dívida objetiva, de parecer da Procuradoria responsável pela consultoria de seus atos, que é a PFE/IBAMA.

Por fim, não tendo o Decreto 9.194/2017 o alcance de afastar o princípio da autotutela dos atos pela Administração Pública, até porque, como se disse allures, tal prerrogativa está prevista em lei formal, não se pode invocar tal fato para o encaminhamento a esta PF/MS (...)”

Em seguida, a Superintendência do IBAMA no Estado do Mato Grosso do Sul:

“Considerando o contido na manifestação técnica – sei 2387798 e demais peças posteriores.

Considerando o critério de competência processual previsto pela IN 10/2012, atribuído conforme o valor do AI.

Encaminha-se os autos à autoridade julgadora competente, para conhecimento e demais providências.”

A demora no estabelecimento da autoridade competente para efetuar a autotutela não posterga a nulidade verificada pela própria administração.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em processo análogo:

EMENTA: RECUSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE PERMISSÃO PARA EXECUTAR SERVIÇO ESPECIAL DE RETRANSMISSÃO SIMULTÂNEA DE TELEVISÃO (PORTARIA N. 131/1990). NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE RECURSAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A circunstância de a Recorrente reiterar os argumentos esposados na petição inicial do mandado de segurança não caracteriza, por si só, ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido. A Recorrente buscou demonstrar de que modo teria havido afronta ao seu direito líquido e certo quanto à necessidade de apreciação de seu recurso administrativo por autoridade administrativa diversa da que julgou sua defesa inicial nos autos do processo administrativo n. 53.000.002491/2001. 2. Impossibilidade de a mesma pessoa, embora ocupando cargos distintos, julgar validamente o pedido de reconsideração (Secretário Executivo do Ministério das Comunicações) e o recurso administrativo (Ministro do Ministério das Comunicações) interposto nos autos do Processo Administrativo n. 53.000.002491/2001. Afronta aos princípios da impessoalidade, da imparcialidade e do duplo grau. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido.

(RMS 26029, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 22-04-2014 PUBLIC 23-04-2014)

O processo administrativo nº 02014.003304/2003-56 é nulo.

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento), nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por estes fundamentos, **dou provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO – IBAMA – MULTA – NULIDADE – RECONHECIMENTO EM NOTA TÉCNICA ADMINISTRATIVA – PENDÊNCIA DE AUTOTUTELA.

1. Trata-se ação anulatória de multa decorrente de auto de infração.

2. A Lei Federal nº 9.784/1999: “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. § 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior. (...)”.

3. A autoridade administrativa (Serviço de Normatização do Processo Sancionador Ambiental) proferiu Manifestação Técnica nos seguintes termos (fls. 03/05, ID 123390585): “(...) O presente processo trata de auto de infração lavrado na ata de 04/10/2003, pelo desmatamento de 638 hectares de área de preservação permanente, infração enquadrada no artigo 25 do Decreto 3.1179/99, com multa indicada no valor de R\$ 957.00,00. Além da autuação, observa-se que a área suprimida foi embargada através do termo e nº 201619/C (...). Entretanto, apesar dos autos terem sido remetidos para avaliar o pedido de conversão da multa pela adesão ao Programa de Regularização Ambiental (PRA), cabe de ofício, nos termos do artigo 53 da Lei 9.784/1999, reconhecer a nulidade procedimental na homologação da sanção, uma vez que não foi proferida decisão recursal pela autoridade competente, pois o Superintendente do Ibama em Mato Grosso do Sul já havia julgado a pasta em 1ª instância, e mesmo entendendo que a sua decisão não era passível de ser alterada, deveria encaminhar o processo à autoridade superior (Presidente do Ibama) para julgar a petição com característica de recurso, conforme determina o artigo 56, §1º, da citada lei, em vez de determinar o prosseguimento da cobrança do débito. De fato, o parecer jurídico que acolheu não enfatizou as etapas que deveriam ser seguidas, recomendando apenas a manutenção do julgamento proferido e a comunicação do evento ao Ministério Público (fls. 48/50). Desse modo, o erro de procedimento acabou por suprimir uma etapa processual prevista em lei (art. 57) e na Instrução Normativa vigente à época, tolhendo da parte autuada o exercício da ampla defesa, o que leva a concluir que todos os atos praticados no processo, desde a deliberação que determinou a evolução da cobrança em 08/08/2007 (fls. 53), são nulos, devendo o feito retroagir à fase recursal. (...)

Assim, diante dos fundamentos e fatos expostos, recomenda-se, em nome da autotutela administrativa e em razão da patente nulidade procedimental, que a Autoridade Competente para o exame processual profira decisão, nos termos do artigo 65 da Lei nº 9784/1999, determinando o cancelamento do auto de infração nº 371455/D e a baixa do débito. No mesmo julgamento deverá manter os efeitos do embargo aplicado através do termo de nº 201619/C, até que a parte autuada demonstre a regularidade ambiental plena, conforme explanado. Comunicar a Procuradoria Federal para baixar o débito da dívida ativa, em virtude da ocorrência da prescrição que afeta os autos, ao retornar o feito à fase processual não maculada pela nulidade. (...)

4. Após a Nota Técnica, constam encaminhamentos entre a Procuradoria Federal e o IBAMA nos quais discutem a competência interna para a anulação do processo nº 02014.003304/2003-56. A demora no estabelecimento da autoridade competente para efetuar a autotutela não posterga a nulidade verificada pela própria administração.

5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 0000202-61.2009.4.03.6104

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

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS DA VEIGA - SP230234

APELADO: GUIOMAR VITORINO DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: LEONARDO GOMES PINHEIRO - SP174199-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000202-61.2009.4.03.6104

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

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS DA VEIGA - SP230234

APELADO: GUIOMAR VITORINO DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: LEONARDO GOMES PINHEIRO - SP174199-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração (fls. 153/157) opostos pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL em face de acórdão prolatado por esta C. Turma na sessão de 08/07/2010, que restou assim ementado:

AÇÃO ORDINÁRIA - PROCESSUAL CIVIL - CADERNETA DE POUPANÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA - PLANO VERÃO - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 32/89 CONVERTIDA NA LEI Nº 7.730/89 - LEGITIMIDADE PASSIVA E ATIVA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - ANALOGIA A SÚMULA 445 DO STF - INTELIGÊNCIA DO ART. 2.028 DO NOVO CÓDIGO CIVIL - APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 42,72% REFERENTE A JANEIRO DE 1989 - PRECEDENTES DO STJ.

1- A autora tem legitimidade para figurar no pólo ativo da presente demanda, uma vez que herdou, através de escritura de testamento (fls. 18/20), entre outros, valores depositados em conta poupança.

2- A Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que versarem sobre correção monetária dos ativos financeiros referente ao mês de janeiro de 1989 (Plano Verão). Preliminares rejeitadas.

3- A prescrição aplicável à espécie é vintenária, conforme estabelecido pelo artigo 177, do Código Civil. Precedentes do STJ.

4- Por analogia à Súmula nº 445 do Supremo Tribunal Federal, os processos ainda pendentes devem obedecer aos preceitos da lei que estava em vigor na data da propositura da ação.

5- As questões ajuizadas após o início da vigência do Novo Código Civil, ou seja, 11.01.2003, deverão obedecer aos termos do artigo 2.028 desse código, que esclarece e soluciona o conflito de normas, in casu, no que se refere aos prazos que foram reduzidos por esse diploma legal.

6- No caso em tela observa-se que já transcorreu mais da metade do tempo estabelecido pela Lei anterior; não havendo que se falar em perda do direito de ação.

7- Aplica-se às cadernetas de poupança o percentual de 42,72% referente ao mês de janeiro de 1989 (Plano Verão) para as contas abertas ou renovadas até 15 de janeiro de 1989.

8- Atualização monetária resta mantida conforme decisão monocrática, nos termos do Provimento nº 64/05 - COGE.

9- Apelação da CEF improvida.

A embargante sustenta que detectou a ocorrência de **coisa julgada**, tendo em vista o anterior ajuizamento da ação nº 94.0200878-0, da 1ª Vara Federal de Santos, na qual figura como parte autora a Sra. Rosa Patrocínio Ventura, de quem é legatária a autora desta ação, Guiomar Vitorino da Silva, com o mesmo objeto da presente demanda, qual seja, remuneração da conta poupança nº 0345.013.00169741-0.

Alega que não foi possível detectar a coisa julgada antes porque o controle de litispendência é feito pelo nome da parte e não de eventual sucessor.

Sendo assim, requer seja reconhecida a existência de coisa julgada, decretando-se a nulidade do processo desde o seu nascedouro.

Não acolhido o pedido, pleiteia a suspensão do processo por força dos Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.107.201/DF e 1.145.595/RS.

Por fim, requer o provimento dos aclaratórios para fins de prequestionamento.

Juntou documentos (fls. 158/192).

Na sequência, a autora apresentou a petição de fls. 194/197, pela qual admite que se trata de ações idênticas e que a ação ajuizada por Rosa do Patrocínio Ventura em 1994 está em fase de liquidação de sentença. Aduz que não tinha conhecimento de que se tratava do mesmo plano econômico e alega que a instituição financeira não foi diligente ao analisar o pedido, pois caso tivesse alegado litispendência o processo teria sido extinto sem resolução do mérito. Diz que em reunião realizada em outubro/2010 no escritório do advogado que cuidou do inventário de Rosa, ficou acertado que a autora procuraria os advogados que ajuizaram esta ação para que providenciassem a desistência do pedido, pois se comprovou que se tratava do mesmo objeto, mas os advogados nada fizeram e exigiram receber a quantia de R\$ 80.000,00, pois ganharam em primeira e segunda instâncias. Sendo assim, revogou os poderes atribuídos aos referidos procuradores e contratou novo advogado para dar seguimento ao processo, pois de forma alguma pretende se locupletar à custa alheia. Sendo assim, requer que esta C. Turma decrete a nulidade do acórdão que negou provimento ao recurso de apelação da CEF, dispensando o pagamento de despesas e honorários advocatícios, pois apesar da duplicidade de ações a CEF não foi diligente ao apreciar pedido de valor relevante (R\$ 395.814,23), deixando de alegar litispendência no momento processual adequado, o que acarretou a preclusão.

Tendo em vista o sobrestamento, em nova petição, a autora alega que não será atingida pela decisão do Supremo Tribunal Federal por força da “existência da ação proposta no ano de 1994, com o mesmo objeto, mesma conta de poupança (169741-0), mesma titular (Rosa do Patrocínio Ventura), mesmo expurgo inflacionário (janeiro/89) e mesma parte passiva (CEF Ag. 0345)”. Requer seja dispensado o pagamento de honorários advocatícios e despesas, dada a falta de diligência da instituição financeira, bem como sejam fixados honorários que remunerem o trabalho de seus advogados anteriores contratados (fls. 260/261).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000202-61.2009.4.03.6104

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS DA VEIGA - SP230234

APELADO: GUIOMAR VITORINO DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: LEONARDO GOMES PINHEIRO - SP174199-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

O julgamento destes embargos de declaração não demanda que se perscrute a respeito do ato jurídico perfeito e do direito adquirido aos expurgos inflacionários, de modo que não encontra óbice nas decisões de sobrestamento proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Prossigo.

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015.

Na singularidade, a notícia de coisa julgada foi trazida aos autos em embargos de declaração e deve ser acolhida, pois se trata de matéria de ordem pública que pode ser alegada ou reconhecida de ofício a qualquer tempo nas instâncias ordinárias. Nesse sentido: RESP - RECURSO ESPECIAL - 1111976 2009.00.41148-4, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:19/08/2009.

Com efeito, a presente demanda, foi ajuizada em 14/01/2009 por GUIOMAR VITORINO DA SILVA, sucessora testamentária de ROSA PATROCÍNIO VENTURA, em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, objetivando a condenação da ré ao pagamento das diferenças de correção monetária do Plano Verão (janeiro/89) sobre o saldo da conta poupança nº 013-00169741-0, Agência 0345.

A sentença reconheceu o direito ao expurgo pleiteado e foi confirmada pelo acórdão embargado.

Sucedem que os documentos apresentados pela CEF dão conta do ajuizamento anterior da ação de conhecimento nº 94.0200875-0 pela própria titular da conta poupança, ROSA PATROCÍNIO VENTURA, buscando, dentre outros, a condenação da CEF ao pagamento do expurgo do Plano Verão (janeiro/89) sobre os saldos da conta poupança nº 169741-0, Agência nº 0345.

A ação foi julgada procedente quanto a referido expurgo e esta Corte negou provimento ao apelo da CEF. O acórdão transitou em julgado em 06/03/2006 e a execução já foi satisfeita pela instituição financeira (fl. 211).

Portanto, trata-se de ações com **tríplice identidade** e **já houve trânsito em julgado nos autos nº 94.0200875-0**, o que impõe o acolhimento destes embargos de declaração para extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC.

Tendo em vista o princípio da causalidade, a autora deve ser condenada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 5.000,00, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/73 ("a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a sucumbência é regida pela lei vigente na data da sentença" - REsp 1636124/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 27/04/2017, REsp 1683612/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 10/10/2017, AgInt no AREsp 1034509/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017), com atualização a partir desta data, valor adequado à complexidade da causa e ao trabalho desempenhado pelos procuradores da ré.

Entretanto, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita (fls. 25 e 93), a execução ficará suspensa pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do atual § 3º do art. 98 do CPC/15.

Por fim, *manifestamente improcedente* o pedido feito da autora para fixação de honorários que remunerem o trabalho de seus antigos patronos.

Ante o exposto, **conheço dos embargos de declaração e dou-lhes provimento para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC**, com condenação da autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, observado o § 3º do art. 98 do CPC/15.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA. MATÉRIA QUE PODE SER ALEGADA E RECONHECIDA A QUALQUER TEMPO NAS VIAS ORDINÁRIAS. TRÍPLICE IDENTIDADE DE AÇÕES. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, V, DO CPC. CONDENAÇÃO DA AUTORA AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, OBSERVADA A REGRA DO § 3º DO ART. 98 DO CPC/15.

1. Na singularidade, a notícia de coisa julgada foi trazida aos autos em embargos de declaração e deve ser acolhida, pois se trata de matéria de ordem pública que pode ser alegada ou reconhecida de ofício a qualquer tempo nas instâncias ordinárias. Nesse sentido: RESP - RECURSO ESPECIAL - 1111976/2009.00.41148-4, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:19/08/2009.

2. A presente demanda, foi ajuizada em 14/01/2009 por GUIOMAR VITORINO DA SILVA, sucessora testamentária de ROSA PATROCÍNIO VENTURA, em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, objetivando a condenação da ré ao pagamento das diferenças de correção monetária do Plano Verão (janeiro/89) sobre o saldo da conta poupança nº 013-00169741-0, Agência 0345. A sentença reconheceu o direito ao expurgo pleiteado e foi confirmada pelo acórdão embargado.

3. Sucede que os documentos apresentados pela CEF dão conta do ajuizamento anterior da ação de conhecimento nº 94.0200875-0 pela própria titular da conta poupança, ROSA PATROCÍNIO VENTURA, buscando, dentre outros, a condenação da CEF ao pagamento do expurgo do Plano Verão (janeiro/89) sobre os saldos da conta poupança nº 169741-0, Agência nº 0345. A ação foi julgada procedente quanto a referido expurgo e esta Corte negou provimento ao apelo da CEF. O acórdão transitou em julgado em 06/03/2006 e a execução já foi satisfeita pela instituição financeira.

4. Portanto, trata-se de ações com tríplICE identidade e já houve trânsito em julgado nos autos nº 94.0200875-0, o que impõe o acolhimento destes embargos de declaração para extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC.

5. Tendo em vista o princípio da causalidade, a autora deve ser condenada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de R\$ 5.000,00, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/73 ("a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a sucumbência é regida pela lei vigente na data da sentença" - REsp 1636124/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 27/04/2017, REsp 1683612/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 10/10/2017, AgInt no AREsp 1034509/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017), com atualização a partir desta data, valor adequado à complexidade da causa e ao trabalho desempenhado pelos procuradores da ré. Entretanto, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita (fls. 25 e 93), a execução ficará suspensa pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do atual § 3º do art. 98 do CPC/15.

6. *Manifestamente improcedente* o pedido da autora para fixação de honorários que remunerem o trabalho de seus antigos patronos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração e deu-lhes provimento para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC, com condenação da autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, observado o § 3º do art. 98 do CPC/15, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5000105-94.2020.4.03.6134

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

APELANTE: JOAO MARTINS DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: ALITTHILDA FRANSLEY BASSO PRADO - SP251766-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5000105-94.2020.4.03.6134

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

APELANTE: JOAO MARTINS DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: ALITTHILDA FRANSLEY BASSO PRADO - SP251766-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos tempestivamente pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, em face de acórdão proferido por esta Sexta Turma, em 05/10/2020, no julgamento de agravo interno interposto pelo mesmo, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 01/07/2020 que deu provimento à apelação interposta pela impetrante/embargada, em face da r. sentença que julgou improcedente seu pedido, negando a segurança para determinar ao INSS a análise de requerimento/pedido de benefício assistencial de prestação por tempo de contribuição.

Alega a existência de omissão relativa à inexistência de um limite temporal para a multa aplicada, a fim de não tornar o valor exorbitante em razão da eventualidade de descumprimento da segurança. Pretende ainda seja reduzido o valor da multa diária imposta por este relator, aplicada em R\$ 500,00 por dia, bem como seja intimado representante de órgão diverso para cumprimento da ordem.

As contrarrazões foram apresentadas.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000105-94.2020.4.03.6134

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

APELANTE: JOAO MARTINS DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: ALITTHILDA FRANSLEY BASSO PRADO - SP251766-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o acerto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

A ementa do julgado é clara e cristalina quanto ao posicionamento adotado por esta Turma no que concerne ao valor da multa a ser aplicada, valor diário imposto em R\$ 500,00 pelo descumprimento da ordem concedida. Confira-se:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – DURAÇÃO RAZOÁVEL.

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" – artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.
2. No caso concreto, a demora no processamento é injustificada.
3. A r. sentença concedeu a segurança para determinar a análise do requerimento. O prazo estabelecido — de 30 (trinta) dias - é razoável.
4. Apelação e remessa oficial improvidas. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial e, por maioria, determinou a imediata expedição de mandado de intimação ao Gerente Executivo em São Paulo-Leste, para que, no prazo de 30 dias, aprecie o processo administrativo do apelado, sob pena de multa de R\$500,00 ao dia, em caso de descumprimento da ordem

TRF3, SEXTA TURMA, ApelRemNec - 5008916-27.2019.4.03.6183, Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 05/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/06/2020.

Com relação ao receio, em razão da multa diária aplicada em R\$ 500,00, de alcançar valor desproporcional em razão de eventual descumprimento da ordem imposta por esse juízo, tem-se que isso é consequência exclusiva da desobediência da autarquia. Nada a revisar nesse ponto. Vide EMENTA de corte superior:

PROCESSUAL CIVIL. MULTA PROPORCIONAL À DESOBEDIÊNCIA DO RECORRENTE EM ATENDER A DECISÃO JUDICIAL QUE FEZ A MULTA CHEGAR A UM VALOR MUITO ALTO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

3. Esclareça-se que a incidência da multa depende exclusivamente do comportamento do recorrente, podendo até se tomar "excessiva" por sua própria desobediência, e não por ato do juiz, que, frise-se, apenas a fixou em patamar suficiente a ensejar o cumprimento da decisão, não desatendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
4. In casu, a multa não foi fixada em valor exorbitante. Foi a desobediência do réu, ora recorrente, em atender à decisão judicial que fez a multa chegar a um valor muito alto. Ressalta-se que, somente após transcorridos 450 (quatrocentos e cinquenta) dias, mais de um ano, é que a decisão judicial foi atendida, conforme fl. 491.
5. É assente o entendimento desta Corte de que só é admitida a revisão do valor da multa cominatória na hipótese em que ele tenha sido fixado em valor irrisório ou abusivo, o que não é o caso dos autos, como já se pronunciou o Tribunal de origem.

(...)

STJ, 2ª TURMA, AgRg no REsp 1405519 / AL, Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 16/02/2016, publicado em DJe 23/05/2016.

Por derradeiro, desnecessário intimar alegado órgão diverso daquele responsável pela mora em atender a demanda do impetrante a fim de iniciar o fluxo do prazo para cumprimento da ordem judicial. A autarquia está devidamente representada pela Procuradoria do INSS.

MUTATIS MUTANDIS:

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

2. Consoante o entendimento desta Corte, pode ser aplicada a teoria da encampação para a mitigação da equivocada indicação da autoridade coatora em mandado de segurança quando existentes os seguintes requisitos: a) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; b) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas; c) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida. 3. Hipótese em que deve ser aplicada a teoria da encampação, tendo em vista que: (a) há vínculo hierárquico entre a autoridade apontada no mandamus e aquela que seria legitimada a figurar no polo passivo (Governador do Estado e Secretário Estadual de Planejamento e Gestão); (b) a autoridade indicada como coatora se manifestou sobre o mérito da impetração; e (c) não há a modificação da competência do Tribunal de Justiça (art. 106, I, "c", da Constituição do Estado de Minas Gerais).

4. Não é possível aplicar a teoria da causa madura (art. 515, § 3º, do CPC/1973) em sede de recurso ordinário, sob pena de supressão indevida do juízo natural constitucionalmente estabelecido para a análise originária do mandado de segurança. Precedentes.

5. Agravo interno desprovido.

STJ. 1ª TURMA, AgInt no RMS 44349 / MG, Ministro GURGEL DE FARIA, julgado em 09/12/2019, publicado em 12/12/2019.

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

É que ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa (art. 1.026, § 2º, do CPC) de 2,00% sobre o valor da causa, que será corrigido conforme a Res. 267/CJF.

No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, conheço e nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE, QUE LITIGA DE MODO PROTETÓRIO E MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ASSIM ABUSANDO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO – LIMITE DO ACUMULO DA MULTA – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA PELA EVENTUAL MORA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO - APLICABILIDADE - RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. A ementa do julgado é clara e cristalina quanto ao posicionamento adotado por esta Turma no que concerne ao valor da multa a ser aplicada, valor diário imposto em R\$ 500,00 pelo descumprimento da ordem concedida.

3. Com relação ao receio, em razão da multa diária aplicada em R\$ 500,00, de alcançar valor desproporcional em razão de eventual descumprimento da ordem imposta por esse juízo, tem-se que isso é consequência exclusiva da desobediência da autarquia.

4. Desnecessário intimar alegado órgão diverso daquele responsável pela mora em atender a demanda do impetrante a fim de iniciar o fluxo do prazo para cumprimento da ordem judicial. A autarquia está devidamente representada pela Procuradoria do INSS.

5. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

6. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008882-04.2019.4.03.6102

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

APELANTE: ABELARDO MURIANA JUNIOR

Advogado do(a) APELANTE: JOAO CARLOS ODENIK JUNIOR - SP403411-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008882-04.2019.4.03.6102

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

APELANTE: ABELARDO MURIANA JUNIOR

Advogado do(a) APELANTE: JOAO CARLOS ODENIK JUNIOR - SP403411-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – INSS nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 25/08/2020, mais especificamente no ponto referente a imposição de multa diária de R\$ 500,00 de astreintes destinada a colmatar a eventual desobediência, a qual será revertida em favor do impetrante.

Nas razões do agravo interno a autarquia se insurge contra o valor da multa aplicada por este relator no eventual atraso em relação a ordem deferida. Alega ser excessivo o quantum fixado em R\$ 500,00 diário. Pugna pelo afastamento ou que, por entender desproporcional, não ultrapasse 1/30 por dia do valor do benefício. Subsidiariamente, requer seja o recurso conhecido como embargos de declaração, considerando o princípio da fungibilidade recursal.

Contrarrazões ao Agravo Interno devidamente prestadas pela manutenção da decisão.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008882-04.2019.4.03.6102

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

APELANTE: ABELARDO MURIANA JUNIOR

Advogado do(a) APELANTE: JOAO CARLOS ODENIK JUNIOR - SP403411-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A r. decisão impugnada esclareceu devidamente ser adequado e razoável o valor da multa aplicada em caso de eventual descumprimento da ordem concedida. Trata-se de instrumento jurídico necessário para coagir a autarquia a cumprir a obrigação determinada na decisão, sem a qual a norma judicial teria praticidade ineficaz. Os argumentos não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão vergastada.

Nesse sentido, ampla jurisprudência:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual civil e constitucional. multa. Imposição contra o Poder Público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que é possível a imposição de multa diária contra o Poder Público quando esse descumprir obrigação a ele imposta por força de decisão judicial.
2. Não há falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes quando o Poder Judiciário desempenha regularmente a função jurisdicional.
3. Agravo regimental não provido.

(AI 732188 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012).(g.n.)

PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE ASTREINTES CONTRA O PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

1. O STJ entende ser cabível a cominação de multa diária (astreinte) contra a Fazenda Pública como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 536 e 537 do CPC/2015).
2. Recurso Especial provido.

(REsp 1.827.009/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2019)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

I - Esta Corte Superior, em causas de natureza previdenciária, calcada no princípio da proteção social, não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando a inobservância dos pressupostos para concessão do benefício pleiteado na inicial, concede benefício diverso, desde que preenchidos seus requisitos.

Precedentes: REsp 1320820/MS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 17/5/2016; REsp 1296267/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 1/12/2015, DJe 11/12/2015; AgRg no REsp 1.397.888/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 5/12/2013; e AgRg no REsp 1.320.249/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 2/12/2013.

II - É possível a cominação de multa diária ao INSS por descumprimento de obrigação de fazer. Precedentes: AgRg no REsp 1457413/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/8/2014, DJe 25/8/2014; AREsp 99.865/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 15/3/2012; AREsp 134.571/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 12/3/2012.

III - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1.614.984/PI, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 15/8/2018)

TRIBUTÁRIO ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL.

- A prática de atos processuais administrativos encontra limites nas disposições dos arts. 1º, 2º, 24, 48 e 49 da Lei 9.784/99, e do art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91, no sentido de que a autarquia está obrigada a analisar e conceder um benefício no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91) e Decreto 3.048/99, art. 174.

- O art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04, prevê o direito à célere tramitação e à razoável duração dos processos (inclusive administrativos).

- Dispõe o artigo 37, caput, da Constituição da República que a Administração Pública deve pautar-se segundo os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como daqueles previstos no caput do artigo 2º da Lei nº 9.784/99, dentre os quais os da razoabilidade e da motivação.

- 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, não servindo as condições acima expostas como justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido da impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88), no sentido de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII), o qual merece a proteção do Judiciário.

- É cabível a cominação de multa diária como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer. A aplicação de multa diária, para o caso de eventual descumprimento de medida deferida, é instrumento legal de coação para que seja cumprida a obrigação determinada na decisão, sem a qual o preceito judicial se tornaria inteiramente inócuo.

- Remessa oficial e apelação desprovidas.

TRF3, SEXTA TURMA, ApelRemNec - 5003015-91.2019.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, 07/05/2020, Intimação via sistema DATA: 11/05/2020.

Ainda, os seguintes precedentes:

REsp 679.048/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/11/2005; REsp 666.008/RJ, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 28/3/2005; REsp 869.106/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30/11/2006.

Dessa forma, correto o entendimento em relação ao pagamento de multa diária em caso de descumprimento da obrigação determinada na decisão, sendo o valor fixado razoável.

Com relação ao pedido subsidiário, entendo não ser tarefa do relator suprir a incapacidade da parte em resolver qual seria o recurso cabível, se embargos de declaração ou agravo interno; os objetivos desses recursos são evidentemente distintos, assim como seus pressupostos justificativos; a fungibilidade recursal não opera na seara de recursos que - pelos seus objetivos - se excluem. Indefiro, pois, o pedido.

Por sua vez, eventual procedimento de execução da multa em caso de descumprimento da ordem deverá ser requerido em primeiro grau de jurisdição, até mesmo para preservar o duplo grau de jurisdição.

Destarte, nos termos da legislação a reger a matéria e a jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. VALOR DA MULTA. RAZOÁVEL. PEDIDO SUBSIDIÁRIO INCABÍVEL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A r. decisão impugnada esclareceu devidamente ser adequado e razoável o valor da multa aplicada em caso de eventual descumprimento da ordem concedida.
2. É instrumento jurídico necessário para coagir a autarquia a cumprir a obrigação determinada na decisão, sem a qual a norma judicial teria praticidade ineficaz.
3. Não é tarefa do relator suprir a incapacidade da parte em resolver qual seria o recurso cabível, se embargos de declaração ou agravo interno; os objetivos desses recursos são evidentemente distintos, assim como seus pressupostos justificativos; a fungibilidade recursal não opera na seara de recursos que - pelos seus objetivos - se excluem.
4. Eventual procedimento de execução da multa em caso de descumprimento da ordem deverá ser requerido em primeiro grau de jurisdição, até mesmo para preservar o duplo grau de jurisdição.
5. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005325-15.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MURILO BESSALIMA RAGUZA

Advogado do(a) APELANTE: GENESIA ANDRADE DE SANTANNA - SP163023-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005325-15.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MURILO BESSALIMA RAGUZA

Advogado do(a) APELANTE: GENESIA ANDRADE DE SANTANNA - SP163023-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação ordinária ajuizada contra a União Federal, destinada a viabilizar o ingresso em curso de formação profissional e posse em cargo público em vaga reservada à portador de deficiência física.

A r. sentença julgou o pedido improcedente, ante a ausência da comprovação da deficiência alegada e exigida. Condenou ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00.

O autor interpôs apelação, alegando que sua moléstia caracteriza deficiência, cabível a concorrência nas vagas reservadas.

Com contrarrazões, subiram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005325-15.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MURILO BESSALIMA RAGUZA

Advogado do(a) APELANTE: GENESIA ANDRADE DE SANTANNA - SP163023-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O artigo 5º, § 2º, da Lei Federal nº. 8.112/90 assegura às pessoas portadoras de deficiência “o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras”

O Decreto nº. 3.298/99 regulamentou o tema:

Art. 4º. É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I- deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

No caso concreto, o autor apresentou laudo particular atestando ser portador de espondilite anquilosante, estando parcial e permanente incapacitado.

De outro laudo o laudo pericial oficial e a perícia realizada no bojo do concurso público, atesta que o autor é portador de espondilartropatia soronegativa, sem, contudo, apresentar incapacidade, não caracterizando deficiência.

No caso concreto, o apelante não provou a deficiência, cuja presença permitiria a concorrência nas vagas reservadas.

Nos termos da r. sentença, o laudo pericial, corroborado pelo que constatado pela junta médica oficial, concluíram pela inexistência de deficiência: *A perícia realizada pela comissão multidisciplinar do concurso e o laudo produzido pelo perito do juízo concluem que, embora o Autor seja portador de espondilite anquilosane, a moléstia não compromete a função física.*

Transcrevo conclusão do minucioso laudo acostado aos autos:

2.3), não observo disfunções anatomofuncionais que pudessem caracterizar incapacidade laborativa para suas atividades laborativas habituais. Atualmente, não foi observado disfunções clínicas no periciado prevista no edital do concurso Decreto nº 3.298/1999 para caracterizar a candidato como pessoa com deficiência. Vale ressaltar que, do ponto vista médico, não foi observado déficits ou limitações que impliquem diminuição da plena e efetiva participação do periciado na sociedade. 6. CONCLUSÕES: Diante o exposto conclui-se: Atualmente, do ponto vista médico, o periciado não foi caracterizado como pessoa com deficiência e não foi constatado incapacidade laboral para suas atividades laborais habituais.

Aliás, o laudo corrobora o que foi constatado na Junta Médica Oficial no sentido de que o candidato é “Portador de doença crônica, clinicamente estabilizada com uso de medicação. Exame físico atual sem alterações tróficas significativas que indique desvios crônicos sem sinais fisiológicos; sem limitações da amplitude de movimentos de membros superior, inferior e coluna vertebral. Força muscular global grau V”

A jurisprudência desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICA. EXAME ADMISSIONAL. COMPROVAÇÃO. QUESTÃO SUPERADA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão vertida nos presentes autos refere-se à legalidade da não nomeação da impetrante em concurso público para o cargo de enfermeira assistencial (Edital EBSERH nº 03 de 17 de abril de 2014), no qual se inscreveu como portadora de deficiência física, obtendo o deferimento de sua inscrição e posterior aprovação no certame, baseada em resultado de exame admissional, que apesar de considerá-la apta, não a enquadrando como deficiente física, ensejando o encerramento do seu processo de contratação. (...)

5. Em que pese a deficiência da impetrante não constar expressamente no rol previsto no art. 4º do Decreto nº 3.298/99, que, aliás, não é taxativo, tal fato não tem o condão de afastá-la da condição de deficiente, levando-se em conta a interpretação dos dispositivos legais relacionados à matéria de acordo com o art. 203, inciso IV, da Constituição Federal, que ao tratar da promoção da integração à vida comunitária das pessoas portadoras de deficiência, garante a utilização do termo “deficiência” de forma ampliativa. Precedentes.

6. Da análise do conjunto probatório trazido aos autos, é possível verificar que a impetrante deve ser considerada deficiente física, tendo em vista os males que a acometem e a demonstração de incapacidade ao desempenho normal da atividade, razão pela qual deve ser afastado o ato dito como coator; que se fundou em laudo médico baseado em critério puramente legal.

7. Apelação da impetrante provida.

(TRF-3, AP 0007858-80.2015.4.03.6000/MS, SEXTA TURMA, Rel. Desembargadora Federal DIVA MALERBI, DJe 14/05/2018).

Ante ao exposto, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA CAPACIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O artigo 5º, §2º, da Lei Federal nº 8.112/90 garante a reserva de vagas aos portadores de deficiência.
2. No caso concreto, o apelante não provou a deficiência, cuja presença permitiria a concorrência nas vagas reservadas.
3. Nos termos da r. sentença, o laudo pericial, corroborado pelo que constatado pela junta médica oficial, concluíram pela inexistência de deficiência apta a permitir a concorrência nas vagas reservadas.
4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 0003802-92.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: CLEBER ALBERTO DE MORAIS, JOAO BATISTA SOARES, JOSE MAMORO YAMASHIRO, WILSON TAKAHASHI

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP104812-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0003802-92.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: CLEBER ALBERTO DE MORAIS, JOAO BATISTA SOARES, JOSE MAMORO YAMASHIRO, WILSON TAKAHASHI

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de apelação em embargos à execução de título judicial.

A r. sentença julgou os embargos procedentes, para reconhecer que não há quantia a ser restituída ao exequente, em razão da ocorrência de prescrição. Os embargados foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$ 6.000,00.

Os embargados, ora apelantes, requerem reforma da r. sentença e sustentam que há valores a serem devolvidos.

As contrarrazões de apelação foram apresentadas.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0003802-92.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: CLEBER ALBERTO DE MORAIS, JOAO BATISTA SOARES, JOSE MAMORO YAMASHIRO, WILSON TAKAHASHI

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

Advogados do(a) APELANTE: MIGUEL JOSE CARAM FILHO - SP230110-A, LUCAS CARAM PETRECHEN - SP286631-A, RODRIGO CARAM MARCOS GARCIA - SP104812-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Os exequentes/embargados pretendem receber a quantia de R\$ 101.000,00.

A r. sentença, proferida nos autos da ação principal, julgou “parcialmente procedente o pedido para: 1) declarar que não há incidência do imposto de renda sobre o valor dos benefícios de previdência privada correspondentes às contribuições cujo ônus tenha sido da pessoa física efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995. 2) condenar a ré a restituir o valor indevidamente recolhido aos cofres públicos, observada a prescrição”.

O v. acórdão, contudo, alterou o prazo prescricional, nos seguintes termos: “O ajuizamento desta demanda ocorreu posteriormente à vigência da Lei Complementar 118/2005, ou seja, em 21/09/2010, aplicando-se à hipótese a prescrição quinquenal, razão pela qual as parcelas anteriores a 21/09/2005 estão fulminadas pela prescrição”.

Aplica-se, assim, o prazo prescricional quinquenal.

Houve o trânsito em julgado em 16 de maio de 2014.

A Contadoria Judicial (ID 108953030) reconheceu a ocorrência de prescrição: “O r. despacho de fls. 32 determina: ‘(...) Por isso, no caso de complementação de aposentadoria, por certo o momento inicial de utilização desses créditos de contribuições é o dia do pagamento da primeira complementação pela entidade de previdência (...)’ • Elaboramos a atualização das contribuições vertidas ao plano de previdência pelos Embargados no período de jan./89 a dez./95. Iniciamos a utilização do montante do crédito de contribuição na data do início da aposentadoria, conforme r. despacho de fls. 32: • CLEBER ALBERTO DE MORAES: em abril/1999 e verificamos que o montante se esgotou no mesmo mês; • JOÃO BATISTA SOARES: em junho/1996 e verificamos que o montante se esgotou no mês de fevereiro/1997; • JOSÉ MAMORO YAMASHIRO: em março/1998 e verificamos que o montante se esgotou no mês de fevereiro/1999; • WILSON TAKAI IASHI: em junho/1996 e verificamos que o montante se esgotou no mês de maio/1997. Assim, tendo em vista a r. decisão ter julgado como prescritos os valores anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação, ocorrido em set./2010, foram atingidos pela prescrição quinquenal os valores que seriam devidos aos Embargados”.

A ação para a restituição do Imposto de Renda incidente sobre os benefícios dos exequentes foi proposta em 21 de setembro de 2010.

As contribuições foram vertidas aos fundos de previdência entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1995 (ID 108953030).

O início do recebimento ocorreu entre junho de 1996 e abril de 1999 e o exaurimento entre fevereiro de 1997 e abril de 1999 (ID 108953030), ou seja, antes de 21 de setembro de 2005.

Nestes termos, resta caracterizada a ocorrência de prescrição e, portanto, não há valores a restituir.

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO – TÍTULO JUDICIAL – MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA – OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação para a restituição do Imposto de Renda na Fonte (IRPF), incidente no resgate de valores junto à entidade fechada de previdência privada e sobre a complementação de aposentadoria, foi proposta em 21 de setembro de 2010.
2. Está caracterizada a ocorrência de prescrição das parcelas anteriores a 21 de setembro de 2005.
3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013881-40.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FERNANDO HENRIQUE DA CONCEICAO SOBRINHO

Advogado do(a) APELADO: JOSE RENATO COSTA HILSDORF - SP250821-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5013881-40.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FERNANDO HENRIQUE DA CONCEICAO SOBRINHO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de ação declaratória de isenção de imposto de renda sobre proventos de reserva remunerada de militar, em decorrência de moléstia grave, com a restituição do indébito tributário.

A r. sentença (ID 6945572) julgou o pedido inicial procedente, para reconhecer a isenção e determinar a restituição dos valores recolhidos desde abril de 2014, atualizados pela Taxa SELIC. Condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Nas razões de apelação (ID 6945572), a União Federal requer o afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 19, § 1º, da Lei Federal n.º 10.522/2002. Sustenta o não cabimento da restituição dos valores retidos, ao argumento da necessidade de prévia análise, mediante a entrega de “nova Declaração Anual de Ajuste”. Requer, por fim, a alteração dos critérios de atualização do indébito a ser restituído.

Contrarrazões (ID 694557).

Sentença submetida a reexame necessário.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5013881-40.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FERNANDO HENRIQUE DA CONCEICAO SOBRINHO

Advogado do(a) APELADO: JOSE RENATO COSTA HILSDORF - SP250821-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

A Lei Federal nº 7.713/1988:

"Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

*XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, **síndrome da imunodeficiência adquirida**, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;" (Redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015)*

No caso, os exames e laudos médicos (ID 6945572 – fls. 15/26 e 30) atestam a existência de síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) desde o ano de 2010.

O autor, militar, foi transferido à reserva remunerada em abril de 2014 (ID 6945572).

A isenção do imposto de renda estende-se à reserva remunerada, que equivale à situação de inatividade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - IMPOSTO DE RENDA - ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/1988 – NEOPLASIA MALIGNA - DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS - DESNECESSIDADE - RESERVA REMUNERADA - ISENÇÃO - OFENSA AO ART. 111 DO CTN NÃO-CARACTERIZADA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. Descabe o acolhimento de violação do art. 535 do CPC, se as questões apontadas como omissas pela instância ordinária não são capazes de modificar o entendimento do acórdão recorrido à luz da jurisprudência do STJ.

2. Reconhecida a neoplasia maligna, não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas, nem a indicação de validade do laudo pericial, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção de Imposto de Renda prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88. Precedentes do STJ.

3. A reserva remunerada equivale à condição de inatividade, situação contemplada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, de maneira que são considerados isentos os proventos percebidos pelo militar nesta condição. Precedente da Primeira Turma.

4. É firme o entendimento do STJ, no sentido de que a busca do real significado, sentido e alcance de benefício fiscal não caracteriza ofensa ao art. 111 do CTN.

5. Incidência da Súmula 83/STJ no tocante à divergência jurisprudencial.

6. Recurso especial conhecido parcialmente e não provido.

(REsp 1125064 / DF, Segunda Turma, Relatora Ministra ELIANA CALMON, julgado em 06/04/2010, DJe 14/04/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. MILITAR DA RESERVA REMUNERADA QUE FOI POSTERIORMENTE REFORMADO EM VIRTUDE DE MOLÉSTIA INCAPACITANTE PARA O SERVIÇO MILITAR. DATA DE INÍCIO DA ISENÇÃO QUE DEVE RETROAGIR AO MOMENTO EM QUE SE CONFIGUROU A INCAPACIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A controvérsia consiste em saber a partir de que momento faz jus à isenção do Imposto de Renda o militar que, após a sua transferência para a reserva remunerada, passa a ser portador de doença que o incapacita definitivamente para o serviço militar.

2. *A reserva remunerada equivale à condição de inatividade, situação contemplada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, de maneira que são considerados isentos os proventos percebidos pelo militar nesta condição, a contar da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.*

3. *Recurso especial desprovido.*

(STJ, REsp 981593/PR, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 05/08/2009 RSTJ vol. 217 p. 637)

O autor faz jus à isenção.

É cabível a restituição do indébito.

Ajuizada a ação em 18 de julho de 2016, não há prescrição.

Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal nº. 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

A questão atinente ao modo de apuração do montante a ser restituído (por intermédio de nova declaração de ajustes) configura inovação recursal. Não será conhecida, sob pena de supressão de instância.

Por fim, a Lei Federal nº. 10.522/02:

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 inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (...)

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda;

§ 1º. Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente: (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

O reconhecimento da procedência do pedido não precisa ser expresso.

Basta que a ausência de oposição indique a hipótese legal.

No caso concreto, entretanto, houve contestação com expressa oposição quanto ao mérito.

A condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios deve ser mantida, portanto.

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, fixo os honorários advocatícios em 11% (onze por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação e à remessa necessária.**

É o voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE RESERVA REMUNERADA - MOLÉSTIA GRAVE – CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – MANTIDA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. No caso, os exames e laudos médicos atestam a existência de síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) desde o ano de 2010. O autor, militar, foi transferido à reserva remunerada em abril de 2014.
2. A isenção do imposto de renda estende-se à reserva remunerada, que equivale à situação de inatividade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
3. O autor faz jus à isenção. É cabível a restituição do indébito. Ajuizada a ação em 18 de julho de 2016, não há prescrição.
4. Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal nº. 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).
5. No caso concreto houve contestação com expressa oposição quanto ao mérito. A condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios deve ser mantida, portanto.
6. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002336-71.2017.4.03.6107

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANTO ARIAS

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO ALFREDO FRANCISCO RODRIGUES - SP187658-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002336-71.2017.4.03.6107

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANTO ARIAS

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO ALFREDO FRANCISCO RODRIGUES - SP187658-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (ID 132476968) julgou o pedido inicial procedente, para desconstituir a penhora sobre o imóvel do embargante, de matrícula nº 4.646, do CRI do Município de Guararapes, São Paulo, por tratar-se de bem de família. Condenou a União no pagamento da verba honorária, fixada no percentual mínimo do artigo 85, §3º, do Código de Processo Civil.

Nas razões de apelação (ID 132476968) a União (Fazenda Nacional), ora apelante, aponta indevida a condenação nos honorários advocatícios. Sustenta a falta de averbação na matrícula do imóvel quanto à sua situação de bem de família. Argumenta que ao tomar conhecimento, concordou com a liberação do bem.

Resposta (ID 132476968).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002336-71.2017.4.03.6107

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANTO ARIAS

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO ALFREDO FRANCISCO RODRIGUES - SP187658-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

No caso concreto, a União (Fazenda Nacional) ora apelante, na contestação, reconheceu a procedência do pedido (ID 132476968).

A falta de averbação na matrícula do imóvel sobre sua situação de bem de família no momento da penhora é fato incontroverso.

A condenação na verba honorária é indevida.

No caso concreto, a União (Fazenda Nacional) ora apelante, na contestação, reconheceu a procedência do pedido (ID 132476968).

A falta de averbação na matrícula do imóvel sobre sua situação de bem de família no momento da penhora é fato incontroverso.

A condenação na verba honorária é indevida

A jurisprudência, em hipótese análoga:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO EM EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA INDEVIDA. PROCEDÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DE HONORÁRIOS. RESP 1452840/SP. CAUSALIDADE. RESISTÊNCIA. SUCUMBÊNCIA. VALOR DA VERBA. AO 506/AC, STF. NORMA VIGENTE NA DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. No recente julgamento do REsp 1452840/SP, sob o rito dos repetitivos, o STJ consolidou o seguinte entendimento: "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".

2. Hipótese em que a União, de fato, não deu causa à demanda, tendo em vista a ausência de averbação específica na matrícula imobiliária que tornasse público o status de bem de família do imóvel constrito. Contudo, mesmo depois de demonstrado pela executada e pelo embargante que o imóvel serve à moradia do casal, a União apresentou defesa insistindo no ato constritivo. Além disso, deixou de abdicar da penhora quando definitivamente reconhecida a condição de bem de família por este Tribunal, em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão oriunda da execução fiscal. Destarte, saindo-se a embargada vencida da demanda, deve ser mantida a sentença que a condenou nos ônus sucumbenciais. Jurisprudência pacífica desta Terceira Turma.

3. Para a fixação do valor da condenação em honorários, deve ser levado em conta o recente posicionamento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, do STF, em decisão proferida na AO 506/AC, DJE 1º/09/2017, aplicando às verbas sucumbenciais os critérios do direito adjetivo vigente à época da propositura da ação. Com efeito, "quando se ingressa com a demanda, tem-se a previsibilidade dos ônus processuais, entre os quais se incluem os honorários advocatícios, de acordo com a norma em vigor no ajuizamento da demanda, razão pela qual reconheço que, nos casos em ajuizada ação sob a égide do CPC/73 e a Fazenda Pública saia vencida, há direito de o ente público não se sujeitar à mudança dos custos processuais de forma pretérita, exatamente tal como previsto nas partes inicial e final do art. 14 do CPC/15".

4. Dessa forma, à luz do art. 20, § 4º, do CPC/1973, vigente no momento da oposição destes embargos de terceiro, considerando-se os princípios da causalidade, da sucumbência e da equidade e observando-se, ainda, o valor da causa, a simplicidade da demanda e o trabalho desenvolvido pelo causídico da parte vencedora, deve a União responder pelo pagamento de honorários advocatícios que arbitro em R\$5.000,00 (cinco mil reais), nesta data. A correção deve seguir o Manual para Orientação de Cálculos da Justiça Federal.

5. Apelação da União provida em parte.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2257189 - 0023683-27.2017.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 21/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2018)

Por tais fundamentos, dou provimento à apelação da União.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - APELAÇÃO - HONORÁRIOS - PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA - FALTA DE AVERBAÇÃO - ÔNUS DO EMBARGANTE - CONDENÇÃO DA UNIÃO EM HONORÁRIOS INDEVIDA - RECURSO PROVIDO.

1. No caso concreto, a União (Fazenda Nacional) ora apelante, na contestação, reconheceu a procedência do pedido (ID 132476968).
2. A falta de averbação na matrícula do imóvel sobre sua situação de bem de família no momento da penhora é fato incontroverso.
3. A condenação na verba honorária é indevida.
4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005432-72.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

PARTE RE: ANTONIO MOLINA OGAYAR

Advogado do(a) PARTE RE: MARCELO ADRIANO DE OLIVEIRA LOPES - SP224976-A

PARTE AUTORA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005432-72.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

PARTE RÉ: ANTONIO MOLINA OGAYAR

Advogado do(a) PARTE RÉ: MARCELO ADRIANO DE OLIVEIRA LOPES - SP224976-A

PARTE AUTORA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a anular lançamento fiscal decorrente da glosa de dedução de imposto de renda retido na fonte, incidente sobre rendimentos de locação de imóvel.

A r. sentença (ID 126283238) julgou o pedido inicial procedente, sob o fundamento de que *“havendo a retenção na fonte e possuindo o contribuinte o comprovante de retenção emitido em seu nome tem direito ele à dedução no cálculo do imposto de renda a pagar”*.

Apelação da União (ID 127177954), na qual requer a reforma da r. sentença.

Manifestação do impetrante pela intempestividade da apelação (ID 127428780).

Manifestação da Procuradoria Regional da República (ID 127323982).

Sentença sujeita a reexame necessário.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005432-72.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

PARTE RÉ: ANTONIO MOLINA OGAYAR

Advogado do(a) PARTE RÉ: MARCELO ADRIANO DE OLIVEIRA LOPES - SP224976-A

PARTE AUTORA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

O sistema eletrônico, no 1º grau de jurisdição, indica que a União Federal tomou ciência da r. sentença em 3 de fevereiro de 2020.

A apelação, juntada em 16 de março de 2020, é tempestiva.

Cabível, de outro lado, o reexame necessário.

No caso concreto, o contribuinte é proprietário de imóvel locado (ID 126283221).

Por ocasião da entrega da DIRPF do exercício de 2013, ao declarar os rendimentos obtidos com a locação, procedeu à dedução dos valores supostamente retidos na fonte pela empresa locatária, segundo demonstrado no informe emitido pela administradora do imóvel (ID 126283220).

As retenções, não apontadas pela fonte pagadora nas DCTF's do ano-calendário de 2012, não foram localizadas pelo Fisco.

Houve, em consequência, a glosa da dedução realizada pelo contribuinte, sob o fundamento de compensação indevida de imposto de renda retido na fonte (notificação de lançamento – ID 126283220).

Esses são os fatos.

O extrato emitido pela empresa administradora dos imóveis aponta o valor de R\$ 33.091,69, a título de imposto de renda retido na fonte no ano de 2012 (ID 126283220).

A quantia, embora não declarada originalmente pela fonte pagadora (TKJ Acabamentos e Confecções Ltda.) no exercício de 2013, foi objeto de declaração retificadora entregue em 11 de setembro de 2017 (ID 126283220).

De outro lado, a Receita Federal informou:

“Em atenção à Resolução de fls. 70/73, procederam-se às pesquisas nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil. A entrega da Declaração de Imposto Retido na Fonte (DIRF) retificadora de fls. 55/58 foi confirmada, conforme LOG abaixo.

(...)

As informações da declaração são exatamente aquelas apresentadas na cópia apensada ao Recurso Voluntário, conforme resumo de fl. 75. Quanto à segunda questão da Resolução, apurou-se que NÃO houve o recolhimento do imposto de renda retido informado à fl. 58. Não há recolhimentos do tributo 3208, pelo CNPJ 01.863.643/0001-21 desde 01/01/2012 até a presente data.

(...)

Como é comum o erro de se recolher a retenção na fonte no NI do beneficiário, também se realizou a mesma pesquisa para o CPF nº 272.658.548-53, obtendo-se o mesmo resultado: nenhum recolhimento. Também se pesquisou a informação da dívida de IRRF em DCTF. Muito embora a empresa TKJ ACABAMENTOS E CONFECÇÕES LTDA tenha transmitido DCTF para todos os meses de 2012, jamais informou débitos de IRRF nessas declarações, mas apenas valores da Contribuição para o PIS, da COFINS, da CSLL e do IRPJ.”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o não recolhimento pela fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte do pagamento do imposto:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. VIOLAÇÃO AO ART. 170 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 282 DO STF. COMPENSAÇÃO. RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. DIRF. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO REPASSE DOS VALORES AOS COFRES PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE. SUBSISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Discute-se nos autos se basta ao contribuinte comprovar a retenção do imposto de renda na fonte através de DIRF ou se ele também deve comprovar o efetivo repasse do imposto aos cofres públicos através do DARF correspondente quando do pedido administrativo de compensação via PER/DCOMP.

2. O conhecimento da alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC, demanda a demonstração da relevância da omissão para o deslinde da controvérsia, o que não ocorreu na hipótese, uma vez que a recorrente sequer indicou qual seria o dispositivo legal que lhe confere o direito ou a particularidade tida por relevante e sobre a qual não teria se manifestado o acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF em razão da deficiente fundamentação recursal no ponto.

3. O art. 170 do CTN não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido e também não constou da petição dos embargos de declaração manejados pela Fazenda Nacional na origem, o que impossibilita a devolução dos autos à origem para manifestação sobre ele à mingua de pedido da Fazenda Nacional nesse sentido. Incide, no ponto, o óbice da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

4. É cediço nesta Corte que o contribuinte substituído, que realiza o fato gerador, é quem efetivamente tem o dever de arcar com o ônus da tributação, que não é afastado pela responsabilidade pessoal do substituto tributário.

5. Correto o procedimento do Fisco ao não homologar a compensação pleiteada e exigir do contribuinte a comprovação do efetivo repasse aos cofres públicos dos valores já retidos na fonte, uma vez que, não obstante a redação do parágrafo único do art. 45 do CTN, a omissão da fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto, consoante entendimento já consolidado no âmbito desta Corte. Precedentes: REsp. n. 703.902/RS, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 15.09.2005; AgRg no REsp. n. 716.970/CE, Primeira Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 19.05.2005; REsp. n. 962610/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 07.02.2008.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, dou-lhe provimento.

(REsp 1563462 / PE, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ATRASADOS. URP. RESPONSABILIDADE. FONTE PAGADORA PARA O RECOLHIMENTO NA FONTE. OMISSÃO. NÃO-EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE.

I - Cabe à fonte pagadora o recolhimento, na fonte, do imposto de renda sobre verbas recebidas a título de decisão judicial, que determinou o reajuste salarial com base na URP, porém o não-recolhimento não exclui a responsabilidade do contribuinte do pagamento do imposto, que fica obrigado a declarar o valor recebido na sua declaração de ajuste anual.

II - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 716970/CE, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 19/05/2005, DJ 29/08/2005 p. 198)

No caso, houve a retenção, mas não houve o efetivo repasse aos cofres públicos.

O lançamento do tributo em face do contribuinte substituído é pertinente.

A responsabilidade, entretanto, não se estende à multa de ofício (75%), prevista no artigo 44, inciso I, § 3º, da Lei Federal n.º 9.430/96.

Nesse sentido, confira-se:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. IMPORTÂNCIAS PAGAS EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA TRABALHISTA. NATUREZA REMUNERATÓRIA. RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. FONTE PAGADORA. ALÍQUOTA APLICÁVEL. EXCLUSÃO DA MULTA.

(...)

2. A obrigação tributária também admite a sua dicotomização em débito (shuld) e responsabilidade (haftung), por isso que, quanto à retenção do imposto de renda vigoram os princípios dos artigos 43 e 45, do CTN.

(...)

5. A ausência de participação do contribuinte para o equívoco no lançamento, ao lado de militar a seu favor o fato de que a própria fonte pagadora apresentou os comprovantes de rendimentos pagos e de retenção de imposto de renda, sem incluir as diferenças salariais percebidas, retira o substrato da imposição da sanção imposta pelo art. 4º, caput e inciso I, da Lei 8.218/91, verbis: "Art. 4º - Nos casos de lançamento de ofício nas hipóteses abaixo, sobre a totalidade ou diferença dos tributos e contribuições devidos, inclusive as contribuições para o INSS, serão aplicadas as seguintes multas: I - de cem por cento, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte"

6. Recurso especial parcialmente provido para determinar a aplicação das alíquotas vigentes à época em que eram devidas as verbas decorrentes do reajuste salarial com base na URP, bem como afastar a multa imposta.

(STJ, REsp 789029/SC, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007 p. 310)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. IMPORTÂNCIAS PAGAS EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA TRABALHISTA. NATUREZA REMUNERATÓRIA. RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. FONTE PAGADORA. ALÍQUOTA APLICÁVEL. EXCLUSÃO DA MULTA.

(...)

2. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que cabe à fonte pagadora o recolhimento do tributo devido. Porém, a omissão da fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto, o qual fica obrigado a declarar o valor recebido em sua declaração de ajuste anual.

3(...)

4. É indevida a imposição de multa ao contribuinte quando não há, por parte dele, intenção deliberada de omitir os valores devidos a título de imposto de renda.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp 383309/SC, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 07/04/2006 p. 238)

A multa de ofício deve ser afastada do lançamento realizado em face do **contribuinte**, sem prejuízo das penalidades atribuíveis à fonte pagadora.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **dou parcial provimento** à apelação e à remessa necessária, para manter o lançamento, afastada, tão-só, a multa de ofício.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO FISCAL – DEDUÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SUPOSTAMENTE RETIDO NA FONTE – IMPOSSIBILIDADE – RETENÇÕES NÃO LOCALIZADAS PELO FISCO – OMISSÃO DA FONTE PAGADORA – RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE.

1. O extrato emitido pela empresa administradora dos imóveis aponta o valor de R\$ 33.091,69, a título de imposto de renda retido na fonte no ano de 2012 (ID 126283220).
2. A quantia, embora não declarada originalmente pela fonte pagadora (TKJ Acabamentos e Confecções Ltda.) no exercício de 2013, foi objeto de declaração retificadora entregue em 11 de setembro de 2017 (ID 126283220).
3. As retenções, não apontadas pela fonte pagadora nas DCTF's do ano-calendário de 2012, não foram localizadas pelo Fisco.
4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o não recolhimento pela fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte do pagamento do imposto. No caso, houve a retenção, mas não houve o efetivo repasse aos cofres públicos.
5. O lançamento do tributo em face do contribuinte substituído é pertinente.
6. A responsabilidade, entretanto, não se estende à multa de ofício (75%), prevista no artigo 44, inciso I, § 3º, da Lei Federal n.º 9.430/96.
7. Apelação e Remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa necessária, para manter o lançamento, afastando, tão-só, a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001983-12.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MARIA APARECIDA DE CASTRO

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO DA SILVA - SP199564-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5001983-12.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MARIA APARECIDA DE CASTRO

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO DA SILVA - SP199564-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a isenção do recolhimento de IPI e IOF na aquisição de veículo automotor, em decorrência de ser a impetrante portadora de deficiência.

A r. sentença (ID 59746681), denegou a segurança, sob o fundamento de ausência de prova pré-constituída no momento da impetração.

Nas razões de apelação (ID 59746651), a impetrante, ora apelante, aponta ser inexigível laudo específico para o reconhecimento da deficiência.

Contrarrazões (ID 59746658).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5001983-12.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MARIA APARECIDA DE CASTRO

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO DA SILVA - SP199564-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O senhor Desembargador Federal TORU YAMAMOTO:

A Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº. 988/2009:

Art. 3º Para habilitar-se à fruição da isenção, a pessoa portadora de deficiência física, visual, mental severa ou profunda ou o autista deverá apresentar, diretamente ou por intermédio de seu representante legal, formulário de requerimento, conforme modelo constante do Anexo I, acompanhado dos documentos a seguir relacionados, à unidade da RFB de sua jurisdição, dirigido ao Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) ou ao Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária (Derat):

I - Laudo de Avaliação, na forma dos Anexos IX, X ou XI, emitido por prestador de: a) serviço público de saúde; ou b) serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o Sistema Único de Saúde (SUS);

(...)

§ 6º Para efeito do disposto no inciso I do caput, poderá ser considerado, para fins de comprovação da deficiência, laudo de avaliação obtido:

I - no Departamento de Trânsito (Detran) ou em suas clínicas credenciadas, desde que contenha todas as informações constantes dos Anexos IX, X ou XI; e

II - por intermédio de Serviço Social Autônomo, sem fins lucrativos, criado por lei, fiscalizado por órgão dos Poderes Executivo ou Legislativo da União, observados os modelos de laudo constantes dos Anexos IX, X ou XI.

A Lei Federal nº. 8.383/91:

Art. 72. Ficam isentas do IOF as operações de financiamento para a aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), quando adquiridos por:

(...)

IV - pessoas portadoras de deficiência física, atestada pelo Departamento de Trânsito do Estado onde residirem em caráter permanente, cujo laudo de perícia médica especifique;

a) o tipo de defeito físico e a total incapacidade do requerente para dirigir automóveis convencionais;

b) a habilitação do requerente para dirigir veículo com adaptações especiais, descritas no referido laudo;

O mandado de segurança exige prova documental, pré-constituída no momento da impetração. A dilação probatória não é compatível com a via mandamental.

No caso concreto, não há prova sobre a deficiência da autora, nos termos da legislação que rege a matéria. A concessão de aposentadoria por invalidez, por si só, não permite a isenção pretendida.

Em hipótese análoga, a jurisprudência:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO DE IPI NA AQUISIÇÃO DE AUTOMÓVEL. DEFICIENTE VISUAL. LEIS Nº 8.989/95 E Nº 7.853/89. DECRETO Nº 3.298/99. CRITÉRIOS LEGAIS OBJETIVOS NÃO COMPROVADOS. 1. Cuida-se de apelação em mandado de segurança no qual objetiva o impetrante provimento jurisdicional que lhe garanta isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre a aquisição de veículo automotor destinado a portadores de deficiência física, visual, mental, severa ou profunda, nos termos da Lei nº 8.989/95. 2. Para fins de comprovação da alegada deficiência visual, o exame da documentação acostada com a inicial revela que o impetrante foi submetido a avaliação em clínica médica credenciada junto à 14ª CIRETRAN de Presidente Prudente, oportunidade em que verificado ser o mesmo portador de visão monocular por toxoplasmose, Olho Esquerdo igual a 20/20 e Olho Direito menor ou igual a 20/200. 3. E o indeferimento do pedido administrativo formulado junto à Receita Federal decorre do exame desta mesma documentação, concluindo-se que o(a) interessado(a) tem acuidade visual no melhor olho superior a 20/200 (tabela de Snellen), não se enquadrando nas condições estabelecidas para gozo do benefício. 4. Da leitura dos dispositivos legais transcritos, extrai-se que editada a Lei nº 7.853/89, para dispor sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, além de instituir a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinar a atuação do Ministério Público, definir crimes, e outras providências. 5. Referida norma não tratou de quaisquer matérias de índole tributária, traçando diretrizes apenas nas áreas de educação, saúde, recursos humanos e edificações. 6. O Decreto nº 3.298/99 e, posteriormente, o de nº 5.296/04, a título de regulamentar a lei, estabeleceu o conceito de deficiência, inclusive a visual, conforme o transcrito inciso III, do art. 4º. 7. A Lei 8.989/95, por sua vez, instituiu isenção do IPI para aquisições de veículos automotores a serem utilizados no transporte autônomo de passageiros e por pessoas portadoras de deficiências físicas. O rol do art. 1º é taxativo, e o § 2º estabelece os parâmetros objetivos para que o deficiente visual seja beneficiado pela isenção. 8. Tratando-se, pois, de norma que outorga isenção, sua interpretação deve ser literal, consoante art. 111 do Código Tributário Nacional. Destarte, nos termos da conclusão do laudo médico carreado pelo impetrante, desautorizada a concessão do benefício. 9. Mesmo que se busque conferir a máxima efetividade ao benefício, interpretando a norma em conjunto com o inciso III, do art. 4º, do Decreto nº 3.298/99, que trata especificamente da deficiência visual, e não apenas com o art. 3º, não se chega à conclusão pretendida. 10. Em sede de mandado de segurança, a prova deve ser feita documental, com a inicial, demonstrando o alegado direito líquido e certo. Como o laudo é omissivo em relação aos demais parâmetros fixados pelas referidas normas, não é possível considerar a deficiência visual do impetrante como apta à obtenção do benefício. 11. Ademais, embora se saiba que a visão monocular comprometa a acuidade visual, no caso do impetrante, logrou o mesmo tirar a carteira de motorista, na qual consta no campo "Observações" a letra "X", que significa "outras restrições" (petição inicial - último parágrafo de fls. 05). Certamente que não lhe seria concedida a habilitação se a restrição fosse tão grave. 12. Apelação do impetrante a que se nega provimento. (ApCiv 0001454-07.2011.4.03.6112, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2014.)

Não há direito líquido e certo.

A ordem deve ser denegada nos termos dos artigos 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, e 6º, § 5º, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Não são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO - ISENÇÃO DE IPI E IOF NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR POR PESSOA COM DEFICIÊNCIA - LAUDO PERICIAL - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO IMPROVIDO.

1. O mandado de segurança exige prova documental, pré-constituída no momento da impetração. A dilação probatória não é compatível com a via mandamental.
2. No caso concreto, não há prova sobre a deficiência da autora, nos termos da legislação que rege a matéria. A concessão de aposentadoria por invalidez, por si só, não permite a isenção pretendida. Precedentes.
3. Não há direito líquido e certo.
4. A ordem deve ser denegada nos termos dos artigos 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, e 6º, § 5º, da Lei Federal nº. 12.016/09.
5. Não são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 1205616-06.1995.4.03.6112

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: JORGE GOMES ADVOGADOS

Advogados do(a) APELANTE: JOSE MAURO DE OLIVEIRA JUNIOR - SP247200-A, THIAGO BOSCOLI FERREIRA - SP230421-A, LUIZ PAULO JORGE GOMES - SP188761-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

FISCAL DA LEI: RENA UPE DISTRIBUIDORA DE PECAS LTDA
INTERESSADO: MEIRE LUCI ZANINELLO, ANTONIO CARLOS DA SILVA

ADVOGADO do(a) FISCAL DA LEI: RAFAEL ANTONIO BOUTOS DE OLIVEIRA - SP188385-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: CESAR AUGUSTO TERRA - SP311790-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ALEXANDRE YUJI HIRATA - SP163411-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL ANTONIO BOUTOS DE OLIVEIRA - SP188385-A

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 1205616-06.1995.4.03.6112

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: JORGE GOMES ADVOGADOS

Advogados do(a) APELANTE: JOSE MAURO DE OLIVEIRA JUNIOR - SP247200-A, THIAGO BOSCOLI FERREIRA - SP230421-A, LUIZ PAULO JORGE GOMES - SP188761-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

FISCAL DA LEI: RENA UPE DISTRIBUIDORA DE PECAS LTDA
INTERESSADO: MEIRE LUCI ZANINELLO, ANTONIO CARLOS DA SILVA

ADVOGADO do(a) FISCAL DA LEI: RAFAEL ANTONIO BOUTOS DE OLIVEIRA - SP188385-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: CESAR AUGUSTO TERRA - SP311790-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ALEXANDRE YUJI HIRATA - SP163411-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL ANTONIO BOUTOS DE OLIVEIRA - SP188385-A

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de execução fiscal.

A r. sentença (ID 137011719), integrada em embargos de declaração (ID 137011728), julgou o processo extinto, nos termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, com fundamento na prescrição intercorrente.

Não houve fixação de honorários advocatícios, nos termos do artigo 19, da Lei Federal nº. 10.522/02.

A apelante, JORGE GOMES ADVOGADOS, requer a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios (ID 137011731).

Contrarrazões (ID 137011886).

É o relatório.

aac

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 1205616-06.1995.4.03.6112

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: JORGE GOMES ADVOGADOS

Advogados do(a) APELANTE: JOSE MAURO DE OLIVEIRA JUNIOR - SP247200-A, THIAGO BOSCOLI FERREIRA - SP230421-A, LUIZ PAULO JORGE GOMES - SP188761-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

FISCAL DA LEI: RENA UPE DISTRIBUIDORA DE PECAS LTDA
INTERESSADO: MEIRE LUCI ZANINELLO, ANTONIO CARLOS DA SILVA

ADVOGADO do(a) FISCAL DA LEI: RAFAEL ANTONIO BOUTOS DE OLIVEIRA - SP188385-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: CESAR AUGUSTO TERRA - SP311790-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ALEXANDRE YUJI HIRATA - SP163411-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: RAFAEL ANTONIO BOUTOS DE OLIVEIRA - SP188385-A

VOTO

O Desembargador Federal Toru Yamamoto:

A Lei Federal nº. 10.522/02:

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:

(...)

VI - tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando: [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

b) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

(...)

§ 1º. Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente: (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

*I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, **hipóteses em que não haverá condenação em honorários**; ou (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)*

O reconhecimento da procedência do pedido não precisa ser expresso.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em 26 de abril de 1999.

Em 05 de fevereiro de 2013 (ID 137011701 – pg. 110), após várias tentativas frustradas no sentido de localização de bens penhoráveis, a exequente requereu a suspensão do processo, nos termos do artigo 40, da Lei Federal nº 6.830/80.

Depois, em 15 de maio de 2020, intimada a manifestar-se sobre a exceção de pré-executividade, a União reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente.

A isenção do artigo 19, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº. 10.522/02 é aplicável.

De outro lado, a Lei Federal nº. 10.522/02 é norma especial, que prevalece sobre as regras gerais do Código de Processo Civil.

A condenação da União em honorários advocatícios é incabível.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. DISPENSA. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. PRECEDENTE DO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

- 1. Controverte-se acerca do cabimento de honorários de sucumbência, à luz do disposto no art. 19 da Lei 10.522/2002.*
- 2. In casu, a sentença de procedência arbitrou honorários, apesar do reconhecimento de que, na contestação, a Fazenda Nacional "apontou que a questão em discussão nestes autos está em consonância com o julgado pelo STF, sob sistemática do art. 543-B do CPC, no RE nº 595.838/SP e, em razão disso, deixava de contestar o mérito da demanda" (fl. 258).*
- 3. A hipótese descrita amolda-se ao art. 19, IV, § 1º, da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 12.844/2013, segundo o qual não haverá condenação em honorários quando o Procurador da Fazenda Nacional reconhecer a procedência do pedido, em razão de precedente desfavorável do STF, nos termos do art. 543-B do CPC/1973.*
- 4. Recurso Especial provido.*

(REsp 1645066/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/04/2017).

RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INFLUÊNCIA NA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REQUERIMENTO PUGNANDO PELO RECONHECIMENTO DO PEDIDO. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 19, § 1º, I, DA LEI 10.522/2002. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- 1. As disposições do art. 19, § 1º, I, da Lei 10.522/2002 prevêm o afastamento da condenação em honorários advocatícios quando a Fazenda Nacional reconhecer expressamente a procedência do pedido, no prazo para resposta.*
- 2. No caso, verifica-se que a Fazenda Nacional apresentou contestação (fls. 97/119) em 29.12.2014, suscitando a defesa da constitucionalidade do artigo 22, IV, da Lei 8.212/1991 e requerendo a suspensão da ação até o julgamento definitivo do Recurso Extraordinário n. 595.838 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se questiona a validade da contribuição previdenciária cobrada em desfavor das empresas tomadoras de serviços prestados por cooperativas. Em ato contínuo, sem que houvesse pronunciamento nem da parte contrária nem do Juízo, a Fazenda Nacional apresentou, em 9.1.2015, petição reconhecendo a procedência do pedido e requerendo a desconsideração da peça contestatória.*
- 3. Assim, impõe-se a interpretação extensiva do disposto no § 1º do art. 19 da Lei 10.522/2002 para abranger o presente caso, tendo em vista que o reconhecimento da procedência do pedido ocorreu em momento oportuno, a despeito da apresentação de contestação, a qual não foi capaz de gerar nenhum prejuízo para a parte contrária.*
- 4. Recurso Especial provido.*

(REsp 1551780/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

É o voto.

aac

EMENTA

PROCESSO CIVIL - MATÉRIA JULGADA PELAS CORTES SUPERIORES - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PELA UNIÃO - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: DESCABIMENTO.

1. O reconhecimento da procedência do pedido, nos termos do artigo 19, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº. 10.522/02, não precisa ser expresso.
2. A Lei Federal nº. 10.522/02 é norma especial, que prevalece sobre as regras gerais do Código de Processo Civil.
3. A condenação da União em honorários advocatícios é incabível.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000273-20.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES, LOIDE FARIA CASONI DE PAULA FERNANDES

Advogados do(a) APELADO: TABATHA DE ALMEIDA BARBOSA - SP331979-A, FERNANDO APARECIDO AVILA - SP218596-A

Advogados do(a) APELADO: TABATHA DE ALMEIDA BARBOSA - SP331979-A, FERNANDO APARECIDO AVILA - SP218596-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000273-20.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES, LOIDE FARIA CASONI DE PAULA FERNANDES

Advogados do(a) APELADO: TABATHA DE ALMEIDA BARBOSA - SP331979-A, FERNANDO APARECIDO AVILA - SP218596-A

Advogados do(a) APELADO: TABATHA DE ALMEIDA BARBOSA - SP331979-A, FERNANDO APARECIDO AVILA - SP218596-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar o cancelamento de averbação de arrolamento de imóvel.

A r. sentença (ID 123764727) julgou o pedido inicial procedente, sob o fundamento de não ser o imóvel de propriedade do devedor apontado pela autoridade coatora na data do arrolamento.

Nas razões de apelação (ID 123764729) a União aponta a legalidade do arrolamento.

Contrarrazões (ID 12376736).

Parecer do Ministério Público Federal (ID 128601356).

Sentença sujeita à remessa oficial.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000273-20.2019.4.03.6106

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES, LOIDE FARIA CASONI DE PAULA FERNANDES

Advogados do(a) APELADO: TABATHA DE ALMEIDA BARBOSA - SP331979-A, FERNANDO APARECIDO AVILA - SP218596-A
Advogados do(a) APELADO: TABATHA DE ALMEIDA BARBOSA - SP331979-A, FERNANDO APARECIDO AVILA - SP218596-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

O arrolamento incide sobre "os bens e direitos do sujeito passivo" (artigo 64, da Lei Federal nº. 9.532/97). Ou seja: apenas podem ser objeto da anotação de arrolamento os bens e direitos que compõem o patrimônio do devedor tributário no momento da formalização do ato administrativo.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO FISCAL. INCIDÊNCIA SOBRE BENS JÁ ALIENADOS A TERCEIROS NO MOMENTO DO ATO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NOS DOCUMENTOS DOS VEÍCULOS. IRRELEVÂNCIA. TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE CONSUMADA COM A TRADIÇÃO E FORMALIZADA POR CONTRATO PARTICULAR. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE AFONTA A LEI FEDERAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE NÃO SATISFAZ REQUISITO PREVISTO NO CAPUT DO ART. 64 DA LEI 9.532/1997. (...)

7. No mérito, o art. 64 da Lei 9.532/1997 foi fielmente observado pela Corte recorrida. De acordo com o caput do referido artigo, a autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento "de bens e direitos do sujeito passivo". Não há na lei de regência qualquer autorização para que o arrolamento recaia sobre bem que já não integra a esfera patrimonial do sujeito passivo por regularmente alienado a terceiro.

8. Malgrado não discuta o Recurso Especial a circunstância de que a documentação dos veículos alienados ainda registrava os bens objeto do arrolamento sob a titularidade do sujeito passivo no momento do ato da autoridade fiscal, tal fato não produz consequências jurídicas para o deslinde da controvérsia, pois o que transfere a propriedade dos bens móveis é a tradição, não o registro documental subsequente. O Instrumento Particular de Compra e Venda de Veículos com Alienação Fiduciária, até por não contestado pela recorrente, é apto a comprovar o momento da transmissão da propriedade dos bens arrolados, razão pela qual serve de marco para definir a titularidade patrimonial à ocasião do procedimento fiscal contestado.

9. A hipótese não é de cancelamento do arrolamento nas situações previstas nos §§ 8º e 9º do art. 64 da Lei 9.532/1997, mas de invalidação ou nulidade do procedimento fiscal, por falta de enquadramento no próprio caput do art. 64 da lei de regência. A exclusão ou cancelamento do arrolamento na parte relativa a bens de terceiros é mera consequência do reconhecimento judicial da ilegalidade do ato praticado.

10. Recurso Especial não provido.

(REsp 1697551/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017).

A jurisprudência desta Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - ARROLAMENTO DE BENS - LEI FEDERAL N.º 9.532/97 - PEDIDO DE CANCELAMENTO - TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL ANTES DA FORMALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ARROLAMENTO - VIABILIDADE.

1- O arrolamento incide sobre "os bens e direitos do sujeito passivo" (artigo 64, da Lei Federal nº. 9.532/97). Ou seja: apenas podem ser objeto da anotação de arrolamento os bens e direitos que compõem o patrimônio do devedor tributário no momento da formalização do ato administrativo.

2- No caso concreto, por ocasião da formalização do arrolamento pela autoridade fiscal, o imóvel já não era de propriedade do devedor tributário, tendo sido atribuído à sua ex-esposa por ocasião da separação judicial.

3- Embora não tenha havido registro público da escritura, o adquirente tem direito ao cancelamento do ônus, porque está provado que, por ocasião do arrolamento, o bem não mais pertencia ao titular da obrigação fiscal.

4- Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 0009098-28.2011.4.03.6103, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 11/02/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 14/02/2020)

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - ARROLAMENTO DE BENS - LEI FEDERAL N.º 9.532/97 - PEDIDO DE CANCELAMENTO - ALIENAÇÃO DO IMÓVEL ANTES DA FORMALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ARROLAMENTO - VIABILIDADE.

1- O arrolamento incide sobre "os bens e direitos do sujeito passivo" (artigo 64, da Lei Federal nº. 9.532/97). Ou seja: apenas podem ser objeto da anotação de arrolamento os bens e direitos que compõem o patrimônio do devedor tributário no momento da formalização do ato administrativo.

2- No caso concreto, por ocasião da formalização do arrolamento pela autoridade fiscal, o imóvel já não era de propriedade do devedor tributário.

3- Embora não tenha havido registro público da escritura, o adquirente tem direito ao cancelamento do ônus, porque há prova de que, por ocasião do arrolamento, o bem não pertencia mais ao titular da obrigação fiscal.

4- Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2233307, 0000462-17.2015.4.03.6141, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, julgado em 06/06/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 14/06/2019)

No caso concreto, por ocasião da formalização do arrolamento pela autoridade fiscal (em 21 de junho de 2011, fls. 26, ID 123764396), o imóvel era de propriedade do devedor tributário.

O retorno do bem ao alienante ocorreu em 1º de julho de 2011, após o arrolamento (ID 123764424).

A anotação deve ser mantida.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Por tais fundamentos, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - ARROLAMENTO DE BENS - LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

1. O arrolamento incide sobre "os bens e direitos do sujeito passivo" (artigo 64, da Lei Federal nº. 9.532/97). Ou seja: apenas podem ser objeto da anotação de arrolamento os bens e direitos que componham o patrimônio do devedor tributário no momento da formalização do ato administrativo.
2. No caso concreto, por ocasião da formalização do arrolamento pela autoridade fiscal (em 21 de junho de 2011, fls. 26, ID 123764396), o imóvel era de propriedade do devedor tributário.
3. O retorno do bem ao alienante ocorreu em 1º de julho de 2011, após o arrolamento (ID 123764424).
4. A anotação deve ser mantida.
5. No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.
6. Apelação e remessa oficial providas

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010742-76.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE:ARI DA FONSECA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON CELESTINO DA FONSECA - SP378009-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010742-76.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE:ARI DA FONSECA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON CELESTINO DA FONSECA - SP378009-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em mandado de segurança destinado a viabilizar a análise de requerimento previdenciário, indeferiu o pedido de gratuidade e determinou a emenda da petição inicial, para adequação do valor da causa ao benefício econômico pretendido.

O impetrante, ora agravante, afirma a viabilidade da fixação do valor da causa em R\$ 1.000,00 (mil reais), para fins fiscais, porque não objetiva a concessão de benefício, mas, sim, o regular andamento do processo administrativo previdenciário.

Aduz que não possui condição de arcar com os custos processuais sem prejuízo da sua subsistência e de sua família. Embora perceba benefício previdenciário líquido mensal no valor de R\$ 3.534,47, possui diversos gastos correntes.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (ID 138935390).

Sem resposta.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 140610605).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010742-76.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

AGRAVANTE: ARI DA FONSECA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON CELESTINO DA FONSECA - SP378009-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

***** Preliminar: extinção do mandado de segurança *****

Após a interposição do recurso, ocorreu a extinção do processo de origem, sem a resolução do mérito, em decorrência do descumprimento da determinação judicial de adequação do valor da causa e recolhimento de custas.

As questões são objeto deste recurso.

É viável o prosseguimento do julgamento.

***** Justiça Gratuita *****

“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição – destaquei).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO CONTRA O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO AGRAVO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A declaração de hipossuficiência apresentada pela parte detém presunção juris tantum de veracidade, podendo a autoridade judiciária indeferir o benefício quando convencida acerca da capacidade econômica do postulante. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 457.451/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015).

No caso concreto, o agravante recebe benefício previdenciário no valor mensal de R\$ 3.534,47. Possui imóvel.

Não há prova da incapacidade financeira atual.

Não é viável o deferimento da gratuidade.

***** Adequação do valor da causa *****

O Código de Processo Civil:

Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver; até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

(...)

§ 2º. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

No caso concreto, o agravante impetrou mandado de segurança para viabilizar a conclusão da análise de recurso interposto contra decisão administrativa de indeferimento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

O mandado de segurança possui conteúdo econômico aferível: o eventual provimento implicará a percepção de benefício previdenciário.

Tratando-se de obrigação por tempo indeterminado, o valor da causa deve ser calculado nos termos do artigo 292, § 2º, do Código de Processo Civil.

O procedimento é regular.

Por tais fundamentos, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. INCAPACIDADE FINANCEIRA ATUAL INCOMPROVADA. VALOR DA CAUSA. CORRESPONDÊNCIA AO CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA.

1. “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição – destaque). Não há prova da incapacidade financeira atual. Não é viável o deferimento da gratuidade.
2. Na origem, o mandado de segurança possui conteúdo econômico aferível: o eventual provimento implicará a percepção de benefício previdenciário.
3. Tratando-se de obrigação por tempo indeterminado, o valor da causa deve ser calculado nos termos do artigo 292, § 2º, do Código de Processo Civil.
4. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031683-81.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: JOSE ONOFRE LOURENCO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE ANTONIO CARVALHO - SP53981-N

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031683-81.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: JOSE ONOFRE LOURENCO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE ANTONIO CARVALHO - SP53981-N

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento, em execução fiscal de anuidades devidas a Conselho Profissional.

A executada, ora agravante, sustenta a inexigibilidade das anuidades posteriores a 2015, ano em que se aposentou.

Afirma que a aposentadoria teria sido comunicada ao Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região pela Prefeitura do Município de Catanduva/SP, onde exerceu emprego público.

Resposta (ID 130364459).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031683-81.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: JOSE ONOFRE LOURENCO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE ANTONIO CARVALHO - SP53981-N

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

As razões de agravo interno não infirmam a decisão agravada.

A exceção de pré-executividade demanda prova certa e irrefutável.

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

A certidão de Dívida Ativa goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, da Lei nº. 6.830/80).

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região, para a cobrança de anuidades referentes ao período de 2014 a 2018 (ID 16697832, na origem).

Nas razões de agravo de instrumento, o executado afirma que requereu o cancelamento da inscrição, por via postal, em 2015.

No presente recurso, afirma que a aposentadoria foi comunicada ao Conselho Profissional pela Prefeitura Municipal de Catanduva-SP. Não apresentou, no entanto, prova do alegado.

De outro lado, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, por si só, não prova que o agravante não exerce a atividade.

A questão demanda dilação probatória, incompatível com o rito da exceção de pré-executividade.

A jurisprudência desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não é caso de inconstitucionalidade da própria existência do Conselho de Corretagem, mormente porque o STF, em decisões recentes, vêm apreciando questões que envolvam a existência desse órgão (ADI 4.174, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 17/10/2019), em momento algum questionando a constitucionalidade da autarquia à luz da Constituição vigente. Convém detalhar que a inconstitucionalidade proclamada há mais de quarenta anos no STF referiu-se a Lei nº 4.116 de 27.8.62. Quando o legislador se manifestou vigia a Constituição de 1946 e quanto o antigo STF proclamou a inconstitucionalidade vigia a Constituição de 1967-69. De lá para cá a realidade constitucional do Brasil mudou e o certo é que a legislação ATUAL (Lei nº 6.530/78 com redação dada pela Lei nº 10.795/2003) não foi reputada inconstitucional pela Egrégia Corte. Não temo menor propósito estender a inconstitucionalidade de uma lei que não existe mais, formada sob Constituições que não existem mais, ao ano de 2021.

2. O tema de fundo (inexigibilidade das anuidades e multas eleitorais, incompatibilidade da atividade de corretor com a função pública exercida pelo agravante, ausência de recenseamento profissional a ensejar o cancelamento compulsório da inscrição, baixa da atividade perante a municipalidade etc), **envolve matéria de fato que reclama desforço probatório, não podendo ser resolvida em sede estrita de exceção de pré-executividade.**

3. Rejeitada a alegada inconstitucionalidade da existência do exequente e negado provimento ao agravo de instrumento para que a execução prossiga.

(TRF3, AI- 5016200-45.2018.4.03.0000, 6ª Turma, Relator para acórdão Des. Fed. LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, Dj 15.09.2020, DATA DA PUBLICAÇÃO 18.09.2020).

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo interno.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – DILAÇÃO PROBATÓRIA – INCOMPATÍVEL – ANUIDADES DEVIDAS A CONSELHO PROFISSIONAL – AUSÊNCIA DE PROVA SOBRE O NÃO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE.

1. A exceção de pré-executividade demanda prova certa e irrefutável

(Súmula 393, do STJ).

2. A execução fiscal foi ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região para a cobrança de anuidades referentes ao período de 2014 a 2018.
3. Nas razões de agravo de instrumento, o executado afirma que requereu o cancelamento da inscrição, por via postal, em 2015. No presente recurso, afirma que a aposentadoria foi comunicada ao Conselho Profissional pela Prefeitura Municipal de Catanduva-SP. Não apresentou, no entanto, prova do alegado.
4. De outro lado, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, por si só, não prova que o agravante não exerce a atividade. A questão demanda dilação probatória, incompatível como rito da exceção de pré-executividade.
5. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010786-95.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: ALPHAMAX ARTEFATOS DE COURO S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ROBERTO FALEIROS DINIZ - SP25643-A, INOCENCIO AGOSTINHO TEIXEIRA BAPTISTA PINHEIRO - SP19102-A, SETIMIO SALERNO MIGUEL - SP67543-A, MARCO AURELIO GILBERTI FILHO - SP112010-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010786-95.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: ALPHAMAX ARTEFATOS DE COURO S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ROBERTO FALEIROS DINIZ - SP25643-A, INOCENCIO AGOSTINHO TEIXEIRA BAPTISTA PINHEIRO - SP19102-A, SETIMIO SALERNO MIGUEL - SP67543-A, MARCO AURELIO GILBERTI FILHO - SP112010-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu a liquidação de título judicial.

O exequente, ora agravante, relata ter obtido título favorável ao ressarcimento de crédito-prêmio de IPI.

Anota que interpôs apelação contra a r. sentença que deu provimento aos embargos à execução da União e declarou extinta a execução. Seu recurso foi provido, em parte, para determinar o prosseguimento da execução “considerados apenas os documentos anexados à inicial e respeitada a prescrição quinquenal”.

Como trânsito em julgado, “provou as exportações que procedeu no período de 20.11.1983 até 07.03.1985, juntando as cópias autenticadas das Guias de Exportação e as Declarações de Crédito de Exportações do período, conforme documentação formal e escoreita juntada ao processo” (fls. 7, ID 131547783).

Todavia, o Juízo de origem indeferiu o processamento, porque a execução deveria se ater, apenas, aos documentos anexados à petição inicial.

Neste recurso, suscita preliminar de nulidade, por ausência de intimação prévia, nos termos do artigo 10, do Código de Processo Civil.

Afirma que a petição inicial contempla documentos juntados por amostragem, apenas para prova da condição de exportadora no período.

Anota ofensa à coisa julgada: o título judicial condenatório teria declarado a irregularidade dos recolhimentos tributários por todo período indicado na petição inicial.

Sustenta que a juntada dos documentos seria necessária para cumprir a decisão na integralidade. O prosseguimento da execução apenas com os documentos da petição inicial impediria o integral ressarcimento do pagamento indevido, nos termos do título judicial.

Argumenta com a jurisprudência da época da condenação, favorável à liquidação por cálculos, mediante a juntada de documentos.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (ID 131563212).

Resposta (ID 134522124).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010786-95.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: ALPHAMAX ARTEFATOS DE COURO S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ROBERTO FALEIROS DINIZ - SP25643-A, INOCENCIO AGOSTINHO TEIXEIRA BAPTISTA PINHEIRO - SP19102-A, SETIMIO SALERNO MIGUEL - SP67543-A, MARCO AURELIO GILBERTI FILHO - SP112010-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

A preliminar não tem pertinência: a r. decisão foi proferida após provocação do agravante.

No mais, o v. Acórdão desta Turma, por ocasião do julgamento da apelação do agravante, nos embargos à execução:

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA - CRÉDITO PRÊMIO DO IPI - DECRETO-LEI Nº 491/69 - AFASTAMENTO DO DECRETO-LEI Nº 1.658/79 - OFENSA À COISA JULGADA - DOCUMENTOS NOVOS - DESCONSIDERAÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICES INFLACIONÁRIOS - INCIDÊNCIA - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. O crédito-prêmio de IPI foi instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491/69 como verdadeiro estímulo fiscal de natureza setorial.
2. A sentença executada reconheceu o direito ao crédito-prêmio do IPI em período posterior à extinção trazida pelo Decreto-lei nº 1.658/79. Afastou, portanto, a sua incidência.
3. O título executivo judicial encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada e da imutabilidade, o que exige o seu acatamento.
4. Documentos que não foram objeto de cognição não podem inaugurar cálculo aritmético. Deve-se limitar a execução somente àqueles anexados à inicial.
5. No tocante aos cálculos da Contadoria Judicial, correta a utilização dos critérios previstos no Provimento 24/97-COGE 3ª Região, bem como a aplicação dos índices do IPC. No entanto, devem considerar apenas os documentos apresentados com a inicial, bem como observar o prazo prescricional.

O voto destacou expressamente:

“Por outro lado, deve-se limitar a execução somente quanto aos documentos anexados à inicial.

Com efeito, documentos que não foram objeto de cognição, ainda que para fins de apuração do quantum debeatur, não podem inaugurar mero cálculo aritmético.

No mesmo sentido, trago à colação aresto do C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI. LIQUIDAÇÃO. CONVERSÃO DA OTN PARA BTN (NCZ\$ 6,92). RESOLUÇÃO CIEX 2/79.

1. A liquidação deve ater-se ao discutido na lide, por isso que documentos e contratos que não foram objeto de cognição, ainda que a pretexto de apuração do quantum debeatur, não podem inaugurar mero cálculo aritmético.
2. Os documentos novos e os contratos que ensejam apuração do quantum debeatur devem ser submetidos a contraditório, máxime quando sobre eles pairam dívidas não enfrentadas na cognição antecedente indicando como mais consentânea a liquidação por artigos.
3. In casu, trata-se de confrontar a correção decidida na forma do Decreto-lei 491/69 ou da Resolução CIEX 02/79.
4. A Resolução CIEX foi editada com base na Portaria 26/79, a qual baseou-se na delegação de competência ao Ministro da Fazenda, dessumindo-se a contaminação dessa norma pela já declarada inconstitucionalidade dos Decretos-Lei 1.724/79 e 1.894/81, exatamente quanto à referida delegação, por ocasião do julgamento do RE 180828-4.
5. Deveras, tendo restado assentado o entendimento da Primeira Seção desta Corte no sentido de que "a declaração de inconstitucionalidade encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida pelo Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a restauração plena de eficácia das leis e normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional", conclui-se pela não aplicação da Resolução CIEX 02/79, devendo incidir, portanto, as normas insculpidas no Decreto -Lei 491/69 e alterações.
6. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Recurso especial adesivo de Encontrading S/A Comércio Exterior parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Honorários advocatícios pleiteados, de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação como critério de equidade.

(STJ, REsp 839473, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 02/04/2009)”.

A Sexta Turma determinou a execução a partir dos documentos anexados à petição inicial, apenas.

Não há plausibilidade jurídica.

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIQUIDAÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – COISA JULGADA – LIMITAÇÃO AOS DOCUMENTOS APRESENTADOS NA INICIAL.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu a liquidação de título judicial.
2. O v. Acórdão desta Turma, por ocasião do julgamento da apelação do agravante, nos embargos à execução: “(...) A sentença executada reconheceu o direito ao crédito-prêmio do IPI em período posterior à extinção trazida pelo Decreto-lei nº 1.658/79. Afastou, portanto, a sua incidência. (...)”
3. No mais, o voto destacou expressamente: “(...) Por outro lado, deve-se limitar a execução somente quanto aos documentos anexados à inicial. Com efeito, documentos que não foram objeto de cognição, ainda que para fins de apuração do quantum debeatur, não podem inaugurar mero cálculo aritmético (...)”.
4. A Sexta Turma determinou a execução a partir dos documentos anexados à petição inicial, apenas. Não há plausibilidade jurídica.
5. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018953-38.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: MARIO PEREIRA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CEZAR VERNALHA GUIMARAES - PR20738-A, LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA - PR22076-A

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: SGS ENGER ENGENHARIA LTDA, JOSE FRANCISCO DAS NEVES, JORGE ANTONIO MESQUITA PEREIRA DE ALMEIDA, OSIRIS DOS SANTOS, JOSIAS SAMPAIO CAVALCANTE JUNIOR, TIISA - INFRAESTRUTURA E INVESTIMENTOS S.A, RICARDO BELLON JUNIOR, VALEC ENGENHARIA CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S/A, LUIZ CARLOS OLIVEIRA MACHADO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: GABRIEL MIRANDA COELHO - RJ43502
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: EDUARDO LAMONATO FAGGION - SP262991
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO - SP163211-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: LILIANE MENDES DE MENEZES - GO22617
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JULIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTE - TO209

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018953-38.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: MARIO PEREIRA

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: SGS ENGER ENGENHARIA LTDA, JOSE FRANCISCO DAS NEVES, JORGE ANTONIO MESQUITA PEREIRA DE ALMEIDA, OSIRIS DOS SANTOS, JOSIAS SAMPAIO CAVALCANTE JUNIOR, TIISA - INFRAESTRUTURA E INVESTIMENTOS S.A, RICARDO BELLON JUNIOR, VALEC ENGENHARIA CONSTRUÇOES E FERROVIAS S/A, LUIZ CARLOS OLIVEIRA MACHADO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: GABRIEL MIRANDA COELHO - RJ43502
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: EDUARDO LAMONATO FAGGION - SP262991
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO - SP163211-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: LILIANE MENDES DE MENEZES - GO22617
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JULIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTE - TO209

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação civil pública destinada a apurar eventual ato de improbidade administrativa, indeferiu a substituição da indisponibilidade de bens por carta fiança.

O corréu, ora agravante, relata que a corré TIISA ofereceu carta de fiança em valor correspondente a 130% do dano apontado pelo Ministério Público Federal. Seria suficiente para a garantia de todo o pedido deduzido, inclusive com relação ao agravante.

Sustenta que a garantia não teria sido aceita por três motivos: inobservância da Portaria PGFN nº. 644/09, fixação de prazo contratual e exigência de trânsito em julgado para a execução da garantia.

Aduz a inaplicabilidade da Portaria PGFN nº. 644/09: os requisitos dispostos no ato normativo se refeririam à garantia de crédito fiscal, inscrito em dívida ativa e, portanto, dotado de certeza e liquidez. No caso concreto, a pretensão de ressarcimento ao erário não seria certa nem líquida, de forma que a Portaria não poderia ser aplicada.

Afirma que o prazo contratual, na garantia, é exigência do mercado. Não seria viável a contratação de garantia sem prazo. Neste ponto, ressalta que a Portaria PGFN nº. 644/09 prevê prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Anota a regularidade da exigência do trânsito em julgado para a execução da garantia. O objeto da garantia não seria certo ou líquido, no atual momento processual.

Argumenta com o princípio da menor onerosidade.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (ID 86103287).

O Ministério Público Federal apresentou contraminuta ao presente agravo Contraminuta (ID 107695541).

É o relatório.

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: MARIO PEREIRA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CEZAR VERNALHA GUIMARAES - PR20738-A, LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA - PR22076-A

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: SGS ENGER ENGENHARIA LTDA, JOSE FRANCISCO DAS NEVES, JORGE ANTONIO MESQUITA PEREIRA DE ALMEIDA, OSIRIS DOS SANTOS, JOSIAS SAMPAIO CAVALCANTE JUNIOR, TIISA - INFRAESTRUTURA E INVESTIMENTOS S.A, RICARDO BELLON JUNIOR, VALEC ENGENHARIA CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S/A, LUIZ CARLOS OLIVEIRA MACHADO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: GABRIEL MIRANDA COELHO - RJ43502
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: EDUARDO LAMONATO FAGGION - SP262991
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO - SP163211-A
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: LILIANE MENDES DE MENEZES - GO22617
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JULIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTE - TO209

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

A Lei Federal nº. 8.429/92:

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.

A indisponibilidade é medida cautelar atípica.

Não altera a propriedade do bem, nem implica penhora.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992. ART. 649, X, DO CPC/1973 INAPLICÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS.

1. A medida de indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, não se equipara à expropriação do bem, muito menos trata de penhora, limitando-se a impedir eventual alienação. Art. 649, X, do CPC/1973 (art. 833, X, do CPC/2015) inaplicável. Precedente: REsp 1.260.731/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/11/2013.

2. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do Recurso Especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1698916/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. INTEGRALIDADE DO PATRIMÔNIO. EXECUÇÃO. EXPROPRIAÇÃO. ADJUDICAÇÃO DE BEM. COISA DETERMINADA E ESPECÍFICA. IMPEDIMENTO. AUSÊNCIA.

1. Cinge-se a controvérsia a determinar se: a) a indisponibilidade de bens do executado, deferida em ação civil pública, impede a adjudicação de um determinado bem a credor que executa o devedor comum com substrato em título executivo judicial; e b) é possível ao juiz negar-se assinar a carta de adjudicação sob esse fundamento, mesmo já tendo extinto a execução com substrato no art. 794, II, do CPC/73.

2. A indisponibilidade é medida cautelar atípica, deferida com substrato no poder geral de cautela do juiz, por meio da qual é resguardado o resultado prático de uma ação pela restrição ao direito do devedor de dispor sobre a integralidade do seu patrimônio, **sem, contudo, privá-lo definitivamente do domínio e cujo desrespeito acarreta a nulidade da alienação ou oneração.**

3. A indisponibilidade cautelar, diferentemente do arresto, da inalienabilidade e da impenhorabilidade, legal ou voluntárias, atinge todo o patrimônio do devedor, e não um bem específico, não vinculando, portanto, qualquer bem particular à satisfação de um determinado crédito.

4. Além disso, apesar de a adjudicação possuir características similares à dação em pagamento, dela distingue-se por nada ter de contratual, consistindo, em verdade, em ato executivo de transferência forçada de bens, razão pela qual não fica impedida pela indisponibilidade cautelar, que se refere à disposição voluntária pelo devedor.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1493067/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 24/03/2017).

Trata-se de medida destinada a acautelar o Poder Público e, ainda, tornar pública a discussão judicial.

A propósito da fundamentação em si, a r. decisão recorrida preservou o bem de melhor liquidez, para a eventual satisfação do resultado útil do processo. Confira-se (ID 83631197):

“INDEFIRO as pedidos da ré TIISA e do réu MÁRIO PEREIRA, relacionados, porquanto visam à substituição dos bens objetos da indisponibilidade efetivada neste processo por uma Carta de Fiança, uma vez que o MPF logrou demonstrar que o documento apresentado nos autos não detém a segurança jurídica necessária para garantir eventual condenação dos corréus, uma vez que não goza dos requisitos arrolados Portaria nº 644/09 da PGFN. Ademais, os peticionários não comprovaram como a negativa da substituição da garantia poderia acarretar-lhes prejuízos, à luz do Princípio da Menor Onerosidade. Concordo com a parte TIISA que a Portaria mencionada pelo Juízo se destina, primordialmente, a créditos inscritos, mas há de se convir que não existindo normativa própria para ações de improbidade (ao menos nada .nesse sentido foi indicado pelas partes e trazido ao conhecimento do Juízo), é razoável que a Portaria 644 seja utilizada. Não entendo que para haver substituição da garantia deva haver necessariamente concordância do credor, mas além das ponderações do MPF quanto a dois excertos de conflito na minuta - a exemplo do ponto bem observado em que em um momento se afirma que o prazo é indeterminado, mas em outro que é de cinco anos (vide grifos meus a fl. 5203) - acrescento que há muito na legislação processual RE e REsp não são dotados de efeito suspensivo ex lege, logo, condicionar a garantia ao trânsito em julgado (fl. 5278) não se coaduna com o ordenamento, pois não há nenhuma garantia da requerida que, em caso de decisão desfavorável, obterá nas instâncias superiores a suspensão dos feitos enquanto seus recursos especial e extraordinário são discutidos. Não é essa a regra. Concluo esse tópico para dizer não ser do interesse do Juízo prejudicar as atividades dos requeridos, ou obstaculizar o oferecimento de carte de fiança ou, mas faz-se mister que algumas condições sejam observadas, o que não foi feito no presente caso”.

O procedimento é **regular**.

A parte não tem direito de escolher o objeto da indisponibilidade.

Por tais fundamentos, **nego provimento ao agravo de instrumento**.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DESTINADA A APURAR EVENTUAL IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDISPONIBILIDADE DE BENS.

1- A indisponibilidade é medida cautelar atípica. Não altera a propriedade do bem, nem implica penhora.

2- A r. decisão recorrida preservou o bem de melhor liquidez, para a eventual satisfação do resultado útil do processo

3- O procedimento é **regular**: a parte não tem direito de escolher o objeto da indisponibilidade.

4- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000386-62.2016.4.03.6139

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: JOCIARA MARIA MOREIRA

Advogado do(a) APELANTE: LUIS EDUARDO FIUZA - SP283394-A

APELADO: BANCO BRADESCO SA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados do(a) APELADO: FABIO ANDRE FADIGA - SP139961-A, EVANDRO MARDULA - SP258368-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000386-62.2016.4.03.6139

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: JOCIARA MARIA MOREIRA

Advogado do(a) APELANTE: LUIS EDUARDO FIUZA - SP283394-A

APELADO: BANCO BRADESCO SA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados do(a) APELADO: FABIO ANDRE FADIGA - SP139961-A, EVANDRO MARDULA - SP258368-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação ordinária destinada a viabilizar a devolução de valores descontados pelo INSS em benefício previdenciário, em decorrência de empréstimo consignado, e a reparação por dano moral.

A r. sentença (ID 70625857, fls. 02/12) extinguiu parcialmente o processo sem a resolução do mérito quanto ao Banco Bradesco S.A, com fundamento na ilegitimidade passiva para a causa. Julgou parcialmente procedente o pedido inicial contra o INSS, para condená-lo a ressarcir a autora pelos valores descontados no seu benefício, no valor de R\$ 1.888,74.

Nas razões de apelação (ID 70625858, fls. 01/06), a autora, ora apelante, argumenta com a devolução em dobro do valor descontado, com o pedido de reparação por dano moral e a majoração da verba honorária para 20% sobre o valor da causa.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0000386-62.2016.4.03.6139

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: JOCIARA MARIA MOREIRA

Advogado do(a) APELANTE: LUIS EDUARDO FIUZA - SP283394-A

APELADO: BANCO BRADESCO SA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados do(a) APELADO: FABIO ANDRE FADIGA - SP139961-A, EVANDRO MARDULA - SP258368-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1.009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

A repetição em dobro pelo valor pago exige prova adequada do dolo daquele que recebeu o indevido, circunstância não provada no caso concreto.

A jurisprudência desta Corte:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDEVIDO AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL E INCLUSÃO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. DÉBITO JÁ PAGO. INSCRIÇÃO DO NOME NO SERASA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. MULTA PREVISTA NO ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MÁ-FÉ DO CREDOR. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. A responsabilidade do Estado é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e requer a presença de três elementos: i) prestação de serviço público (serviço mal prestado ou não prestado); ii) dano causado a terceiros; iii) nexo de causalidade entre o dano e a prestação do serviço público.

2. No caso, em julho de 2005, a parte autora recebeu dois autos de infração referentes a atraso na entrega de oito DCTF's (Id 90348326, p. 20), tendo quitado o pagamento em 02.08.2005, dentro do prazo previsto, conforme demonstram as DARFs anexadas aos autos (Id 90348326, p. 21).

3. Apesar de ter pagado o débito, em 14.02.2007, quase um ano e meio após a quitação, houve indevida inscrição em dívida ativa nº 80.6.07.012736-04, com ajuizamento da Execução Fiscal nº 2007.61.82.018948-7 em 21.05.2007 perante a 5ª Vara de Execuções Fiscais dessa Seção Judiciária (Id 90348326, p. 22-27).

4. Diante disso, a parte autora teve seu nome inscrito nos cadastros do Serasa, causando sérias restrições ao seu crédito e dificuldades para realizar atividades cotidianas, além de ter cassada sua licença de funcionamento concedida pela ANAC por não ter conseguido apresentar a Certidão Negativa de Débitos (Id 90348326, p. 99-100).

5. A parte autora comprovou que precisou impetrar mandado de segurança para obter a Certidão Positiva com efeitos de Negativa (Id 90348326, p. 101-106), a fim de restabelecer sua autorização de funcionamento perante a ANAC.

6. Na sentença de parcial procedência, a União foi condenada a pagar o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), devidamente atualizados, além do pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação, mais as custas processuais. O Juízo a quo entendeu que esse valor contemplaria tanto a indenização por dano moral, como a multa prevista no artigo 940 do Código Civil (Id 90348326, p. 112-114).

7. No caso em apreço, está caracterizada a responsabilidade civil do Estado, pois a conduta estatal resultou na indevida inclusão do nome do autor nos cadastros de inadimplentes em razão do ajuizamento da execução fiscal, para cobrança de crédito tributário já pago, causando prejuízos inegáveis.

8. Quanto ao pedido de cumulação da indenização por danos morais, mais a multa prevista no art. 940, do Código Civil ("Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor; no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir; salvo se houver prescrição"), a jurisprudência firmou-se no sentido de que, para aplicação da referida sanção, há que se analisar o aspecto subjetivo do infrator: Na espécie, não há possibilidade de devolução em dobro sem estar plenamente comprovado o abuso de direito ou a má-fé da cobrança procedida.

9. Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo no REsp 1111270/PR, "A aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor". g.n.

10. A má-fé exige prova adequada e pertinente do dolo, sendo imprescindível sua demonstração para incidência da sanção civil prevista no art. 940 do Código Civil. No caso em tela não houve essa demonstração.

11. Embora aqui não seja aplicável a penalidade do pagamento em dobro por débito já adimplido, contida no artigo 940 do Código Civil, o valor global de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), estipulado pelo Juízo a quo, está adequado a título de indenização por danos morais diante das circunstâncias ocorridas no caso específico.

12. Apelações desprovidas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 0025894-45.2007.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/12/2019)

O desconto indevido é fato incontroverso no presente momento processual.

Reconhecida a falta de diligência do INSS, ao permitir descontos indevidos no benefício da apelante, o dano moral é devido.

O montante a título de danos morais deve ser fixado em 5 salários-mínimos, como adequado e de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSS. DESCONTO INDEVIDO. ERRO ADMINISTRATIVO RECONHECIDO. APOSENTADORIA. NATUREZA ALIMENTAR. DANOS MORAIS. CABIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.

1. A hipótese enquadra-se na teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual o Estado responde por comportamentos comissivos de seus agentes, que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros (art. 37, § 6º, da CF)
2. Em se tratando de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, prescindindo a responsabilidade objetiva da comprovação de culpa do agente.
3. Houve erro na conduta do INSS, que atuou sem a diligência necessária, ao permitir o desconto indevido de valores do benefício da parte autora. A situação foi reconhecida pela própria parte ré.
4. Em análise ao presente caso, restou evidenciado o alegado dano moral experimentado e, conseqüentemente, o nexo causal em relação à conduta do agente público. O autor teve que procurar a via judicial para solucionar a situação enfrentada, ademais se viu privado de parte de seu benefício, que possui natureza alimentar.
5. O montante fixado em sentença guarda consonância com a jurisprudência pátria que tem estabelecido valores razoáveis na fixação das indenizações por dano moral. Considerando as peculiaridades do caso concreto, não há razão que justifique a redução do valor da indenização. O MM. Juiz a quo levou em consideração os elementos inerentes à hipótese vertente: a conduta da autarquia, a demora e as suas implicações para o segurado, o caráter punitivo e educativo da fixação do montante a indenizar, bem como as características do ofensor e do ofendido.
6. O quantum fixado deverá ser corrigido monetariamente, a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do C. STJ), com a incidência de juros moratórios desde o evento danoso (Súmula 54 do C. STJ), utilizando-se os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, excluídos os índices da poupança, tendo em vista que o C. STF entendeu pela inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, adotando o posicionamento de que a eleição legal do índice da caderneta de poupança para fins de atualização monetária e juros de mora ofende o direito de propriedade (ADI 4357, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 14/03/2013, DJ 26/09/2014). Nesse sentido: RE 798541 AgR, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJ 06/05/2014.
9. *Apelação improvida.*
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2079846 - 0013857-58.2013.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 08/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2019)

Os honorários advocatícios devem remunerar o trabalho realizado pelo profissional advogado. Devem, contudo, observar a proporcionalidade.

Trata-se de ação ordinária

Considerada a natureza e a importância da causa, bem como o zelo dos profissionais, os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §3º, inciso I do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, **dou parcial provimento à apelação** para condenar o INSS ao pagamento dos danos morais no valor de 5 (cinco) salários-mínimos, mantida, no mais, a r. sentença.

É como voto.

EMENTA

ACÇÃO ORDINÁRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - VALORES DESCONTADOS DESCONTADOS INDEVIDAMENTE PELO INSS - REPETIÇÃO EM DOBRO INDEVIDA - DANO MORAL CARACTERIZADO - VERBA HONORÁRIA MANTIDA - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. A repetição em dobro pelo valor pago exige prova adequada do dolo daquele que recebeu o indevido, circunstância não provada no caso concreto. Precedentes.
2. O desconto indevido é fato incontroverso no presente momento processual.
3. Reconhecida a falta de diligência do INSS, ao permitir descontos indevidos no benefício da apelante, o dano moral é devido.
4. O montante a título de danos morais deve ser fixado em 5 salários-mínimos, como adequado e de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes.
5. Os honorários advocatícios devem remunerar o trabalho realizado pelo profissional advogado. Devem, contudo, observar a proporcionalidade.
6. Trata-se de ação ordinária
7. Considerada a natureza e a importância da causa, bem como o zelo dos profissionais, os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §3º, inciso I do Código de Processo Civil.
8. Apelação parcialmente provida, para condenar o INSS ao pagamento dos danos morais no valor de 5 (cinco) salários-mínimos, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação para condenar o INSS ao pagamento dos danos morais no valor de 5 (cinco) salários-mínimos, mantida, no mais, a r. sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030265-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: VITORIO MORIMOTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE AUGUSTO SUNDFELD SILVA JUNIOR - SP211236-A

AGRAVADO: . DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - DERAT,, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030265-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: VITORIO MORIMOTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE AUGUSTO SUNDFELD SILVA JUNIOR - SP211236-A

AGRAVADO: . DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - DERAT,, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu a liminar em mandado de segurança destinado a anular lançamento fiscal.

A impetrante, ora agravante, suscita preliminar de nulidade do processo administrativo, nos termos do artigo 23, do Decreto nº. 70.235/72: a cientificação por edital seria irregular, porque não ocorreu a prévia tentativa de intimação pessoal.

O pedido de efeito ativo foi indeferido (ID 107365191).

Resposta (ID 107792137).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 123343054).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030265-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: VITORIO MORIMOTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE AUGUSTO SUNDFELD SILVA JUNIOR - SP211236-A

AGRAVADO: . DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - DERAT,, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

O Decreto nº. 70.235/72:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I- pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador; na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; ([Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997](#))

II- por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; ([Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997](#))

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: ([Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005](#))

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou ([Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005](#))

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. ([Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005](#))

§ 1º. Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)

I - no endereço da administração tributária na internet; [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

É possível a intimação por edital, no processo administrativo, quando frustrada a tentativa de notificação pessoal ou por carta (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 848.668/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016).

No caso concreto, foram realizadas intimações pela via postal.

A r. decisão sintetizou os fatos (ID 107334602):

A documentação trazida aos autos demonstra que, somente após várias tentativas de encaminhamento do Termo de Início do Procedimento Fiscal e de Continuidade de Ação Fiscal, via correios, houve a intimação do impetrante por edital eletrônico nº 006032810, publicado em 10/04/2019 (id. nº 21968344).

No Termo de Verificação Fiscal (id. nº 22912388), expressamente consignou-se o envio de Termo de Início de Fiscalização para endereço cadastrado no Sistema de Dados da Receita à época – Praça João Mendes, nº 42, cj. 143, São Paulo – o qual teria sido devolvido com a indicação de mudança de endereço do destinatário (id. nº 23490068 – pág. 8).

Em razão disso, novas pesquisas foram realizadas, constando como endereço cadastrado, a Rua José Robalinho da Silva, nº 400, Jd. Santa Mônica – Paranaíba/MS, para o qual encaminhadas novas correspondências.

Apesar de o impetrante juntar aos autos, envelope datado de 04/04/2019, contendo a informação de que “não fora procurado” no referido endereço (id. nº 22912385), foi possível comprovar que, em datas anteriores – 14/05/2018, 15/05/2018 e 16/05/2018 – houve tentativa de entrega, sem sucesso, no referido endereço (id. nº 23490068 – pág. 17).

Assim, ao que consta, as intimações por edital foram precedidas de tentativa de intimação postal e pesquisa aos dados cadastrais, tendo, portanto, sido feitas validamente.

O ato administrativo é presumivelmente legítimo.

A intimação por edital, realizada após a frustração da intimação pela via postal, é **regular**.

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo de instrumento

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – INTIMAÇÃO POR EDITAL - NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA.

1. É possível a intimação por edital, no processo administrativo, quando frustrada a tentativa de notificação pessoal ou por carta (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 848.668/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016).

2. A intimação por edital, realizada após a frustração da intimação pela via postal, é regular.

3. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000114-49.2017.4.03.6134

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIÃO FEDERAL, MUNICIPIO DE AMERICANA

APELADO: P. H. D. V.

REPRESENTANTE: ANDERSON VAZ, PATRICIA ALVES DE FREITAS VAZ

Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO FERREIRA DE CASTILHO - SP186798-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000114-49.2017.4.03.6134

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIÃO FEDERAL, MUNICIPIO DE AMERICANA

APELADO: P. H. D. V.

REPRESENTANTE: ANDERSON VAZ, PATRICIA ALVES DE FREITAS VAZ

Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO FERREIRA DE CASTILHO - SP186798-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação destinada a viabilizar o procedimento de implante de células-tronco medicinais e custeio do tratamento de reabilitação pelo método “Therasuit”, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A r. sentença (fls. 49/55, ID 128049994), integrada em embargos de declaração (fls. 81/82, ID 128049994), julgou o pedido inicial procedente, em parte, para determinar o fornecimento de fisioterapia pelo método “Therasuit ou outros especificados pelos peritos”, e condenou o autor e as rés ao pagamento de honorários advocatícios fixados nos percentuais mínimos do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

Apeleção do Município de Americana (fls. 86/95, ID 128049994), na qual aponta a existência de terapias alternativas, no âmbito do SUS. Requer, ainda, o afastamento da verba honorária.

Apelação da União (fls. 5/40, ID 128049995), na qual suscita preliminar de nulidade: a r. sentença seria "ultra petita", no ponto em que determina o fornecimento de "outros" métodos fisioterápicos "especificados pelos peritos".

Suscita, ainda, ilegitimidade passiva: a responsabilidade pelo fornecimento de tratamentos fisioterápicos seria dos Estados e Municípios.

Argumenta com a inexistência de prova de que o método "Therasuit" seria o único recomendado para o tratamento. Não existiria prova da eficácia da terapia, que é de alto custo. A perícia teria concluído de forma desfavorável ao fornecimento.

Contrarrazões (ID fls. 83/112, ID 128049995).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000114-49.2017.4.03.6134

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIÃO FEDERAL, MUNICIPIO DE AMERICANA

APELADO: P. H. D. V.

REPRESENTANTE: ANDERSON VAZ, PATRICIA ALVES DE FREITAS VAZ

Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO FERREIRA DE CASTILHO - SP186798-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

A Constituição Federal:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

O Supremo Tribunal Federal interpretou a norma. Não fez restrição por critério de idade, sexo ou situação econômica. Comprometeu, na execução dela, todos os entes governamentais. Legitimou a exigência de medicamento sob a condição - única - representada pela correlação entre a doença e a cura ou, quando menos, a redução dos danos à saúde. Confira-se:

"1. No julgamento de mandado de segurança, o Tribunal a quo, com apoio no art. 196 da Constituição Federal, determinou ao Estado de Goiás que fornecesse gratuitamente à Marília Prudente Neves, substituída processualmente pelo Ministério Público estadual, medicamento para o tratamento de transtorno afetivo bipolar. Dessa decisão recorre extraordinariamente o Estado de Goiás, alegando, em síntese, violação aos arts. 196 e 197 da Constituição Federal, por serem normas de conteúdo programático. Negou-se trânsito ao apelo extremo por meio da decisão de fl. 228, contra a qual foi interposto o presente agravo de instrumento.

2. Sem razão o agravante. Adoto as palavras do eminente Ministro Celso de Melo, no RE 271.286-AgR, para refutar o argumento relativo à eficácia da norma constitucional que garante o direito à vida e à saúde, verbis: "O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstante, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever; por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado." (Grifou-se) Saliento, ainda, que obstáculos de ordem burocrática ou orçamentária, até porque os Estados regularmente possuem programas de distribuição de remédios, não podem ser entaves ao cumprimento de preceito constitucional que garante o direito à vida, conforme entendimento da Primeira Turma desta Corte: "DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE PERMITIU A INTERNAÇÃO HOSPITALAR NA MODALIDADE "DIFERENÇA DE CLASSE", EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO DOENTE, QUE NECESSITAVA DE QUARTO PRIVATIVO. PAGAMENTO POR ELE DA DIFERENÇA DE CUSTO DOS SERVIÇOS. RESOLUÇÃO N.º 283/91 DO EXTINTO INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. (...) Recurso não conhecido." (RE 226.835, rel. Min. Ilmar Galvão)

3. Em face do exposto, nego seguimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília, 3 de agosto de 2005".

(STF, decisão monocrática, AI n° 522.579-7, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 03/08/2005, DJU 19/08/2005).

"Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim ementado (f. 182): "APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO À SAÚDE. ESCLEROSE MÚLTIPLA. MOLÉSTIA GRAVE. MEDICAÇÃO DE USO CONTÍNUO. FALTA DE CONDIÇÕES PARA COMPRÁ-LA. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. RESSARCIMENTO DE GASTOS FEITOS POR MOTIVO DE OMISSÃO DO ESTADO. 1. Direito à saúde. O direito à saúde emana diretamente de norma constitucional auto-aplicável. Independe de previsão orçamentária e de licitação. Exegese do art. 1º da Lei 1.533/51, combinado com os arts. 6º, 194, caput e parágrafo único, e 196, da CF, art. 241 da CE e art. 1º da Lei-RS 9.908/93. 2. Se, após articulado o pedido na esfera administrativa, o paciente, por motivo de omissão do Estado e premido pela urgência, foi obrigado a comprar o medicamento com dinheiro emprestado, faz jus ao ressarcimento. De outro modo, esvazia-se a garantia constitucional. Omitindo-se, o Estado constringe o paciente a contrair empréstimo para comprar o medicamento. Comprado assim o medicamento, libera-se do ressarcimento a pretexto de que o paciente o fez porque não precisava de ajuda. Isso é se beneficiar com a própria omissão, o que vai de encontro ao princípio da moralidade afirmado pelo art. 37 caput da CF. 3. Desprovida uma apelação, provida outra e no mais sentença confirmada em reexame necessário." Alega o RE violação do art. 196, da Constituição. É inviável o RE. (...)"

(STF, decisão monocrática, AI n° 562561, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/11/2005, DJU 14/12/2005).

"Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 07): "MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE REMÉDIO PELO ESTADO. HEPATITE C CRÔNICA. DEVER DO ESTADO. OBSERVÂNCIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI ESTADUAL N° 9.908/93. Sendo dever do Estado garantir a saúde física e mental dos indivíduos e comprovada nos autos a necessidade do impetrante de receber o medicamento requerido, imperiosa a concessão da segurança para que o ente estatal forneça a medicação tida como indispensável à vida e à saúde do beneficiário. Exegese que se faz do disposto nos artigos. 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei n° 9.908/93. Segurança concedida." 2. Alega o estado do Rio Grande do Sul que o acórdão recorrido viola o art. 5º, LXIX, da Constituição - porquanto ausente a "demonstração da liquidez e certeza do direito postulado" - e o art. 196 - dispositivo que encerra norma de eficácia contida, de modo que "as ações de saúde somente podem ser levadas a efeito pelo Poder Público nos precisos termos em que a legislação estabeleça o seu regime jurídico, igualmente". 3. Sem razão a parte recorrente". (...)"

(STF, decisão monocrática, AI 564978, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24/11/2005, DJU 06/12/2005).

"1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na instância de origem, indeferiu processamento de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e assim ementado: "MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. PEDIDO DE CUSTEIO DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA QUE NÃO CONSTA DA LISTA DOS EXAMES FORNECIDOS PELO SUS. A Saúde é direito de todos e dever do Estado - art. 196 da Constituição Federal. Norma de aplicação imediata. Responsabilidade do poder público. Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da CF. EMBARGOS DESACOLHIDOS". 2. Inadmissível o recurso. A recusa do Município em custear exame coloca em risco a saúde de paciente necessitado e representa desrespeito ao disposto no art. 196 da Constituição Federal, que determina ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Essa regra constitucional tem por destinatários todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro.

(...)"

(STF, decisão monocrática, AI nº 492437, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13/05/2005, DJU 27/05/2005).

Registre-se que o fornecimento do medicamento é gratuito, porque a saúde integra o conjunto da seguridade social, cujo financiamento é distribuído por **"toda a sociedade, de forma direta e indireta"** (artigo 195, "caput", da Constituição Federal).

A obrigação dos entes federativos é **solidária**.

Impõe-se, contudo, que o medicamento tenha recebido o devido registro junto às autoridades sanitárias.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de repetitividade:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. *Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.*

2. *Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.*

3. *Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.*

4. **TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.**

5. *Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.*

(REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018).

O mesmo raciocínio é aplicável ao fornecimento de tratamentos de fisioterapia, no âmbito do SUS.

No caso concreto, o requerido é portador de mielomeningocele, com déficit motor e bexiga neurogênica (fls. 77/78, ID 128049989).

O tratamento fisioterapêutico pelo método "Therasuit", não disponível no SUS, foi indicado pela fisioterapeuta (fls. 79, ID 128049989).

As respostas do perito judicial **médico** aos quesitos do Magistrado (fls. 111/112, ID 128049990):

“a) O periciando é portador de doença ou lesões? Qual(is)? Quais os sintomas?

Mielomeningocele com déficit motor e hexígia neurogenica.

b) Qual o estágio atual da doença? Ela é permanente? Ela é degenerativa?

Apresenta fase tardia da doença, já tratado cirurgicamente ao nascer. É permanente, não degenerativa.

c) Os tratamentos requeridos pelo autor no caso em tela são eficazes, abstratamente, para a enfermidade apresentada? Em caso positivo, considerando o estágio atual da doença do periciando, os tratamentos requeridos demonstram-se eficientes e necessários no caso concreto?

A fisioterapia sim, mas não necessariamente um método específico. O tratamento com células tronco não tem trabalhos na literatura respaldando seu uso nesse caso.

d) A fisioterapia requerida ("Therasuit") é disponibilizada pela rede pública de saúde? Em caso negativo, haveria alternativas de terapia/fisioterapia com igual ou similar eficiência oferecida pelo SUS para o caso concreto?

Desconheço. Sim, como já exposto, existem várias técnicas em fisioterapia e várias abordagens, todas trazem resultados positivos.

e) Considerando que o autor informa que no Brasil "(...) não existem procedimentos de implante de célula-tronco do próprio paciente(...)", esclareça o perito se, de fato, não há esse tipo de tratamento no país. Esclareça ainda, se haveria procedimentos similares que podem ser eficazes para a doença apresentada. Também deverá informar se tem algum conhecimento quanto ao procedimento adotado pela clínica médica "Gero Basso", indicada na inicial, sediada no Paraguai.

Desconheço, os trabalhos com células tronco são ainda experimentais e não estão sendo aplicados em escala. Os procedimentos respaldados pela literatura foram discutidos no corpo do laudo - Discussão. Desconheço a clínica referida e seus tratamentos.

f) Preste o perito demais esclarecimentos que entenda serem pertinentes para melhor elucidação da causa.

Nada mais a esclarecer”.

O perito médico prestou esclarecimentos adicionais (fls. 63, ID 128049991):

“Em resposta a informação solicitada, entre os quesitos respondidos tínhamos: Necessário a fisioterapia requerida? Cujas respostas foram: **Fisioterapia sim, mas não uma técnica específica.**

Portanto o importante é que a criança seja mantida em um programa de fisioterapia, independentemente da técnica utilizada, em solo ou em água, como a hidrocinésioterapia.

O fisioterapeuta deve pesquisar os grupamentos musculares ativos para ter conhecimentos dos músculos que poderão utilizar para promover a independência e de quais recursos precisará. A criança deve ser estimulada promover desenvolvimento das demais musculaturas, e desse modo, cabe ao fisioterapeuta ensinar-lhe as habilidades necessárias para a sua independência.

Nesse sentido, a fisioterapia tem papel fundamental na independência funcional da criança com mielomeningocele. A complexidade e a diversidade do quadro clínico apresentado pelas crianças com mielomeningocele demandam avaliação fisioterápica criteriosa, visto que é necessário estabelecer programa terapêutico adequado para desenvolver o máximo de sua funcionalidade, seja qual for a técnica utilizada.

Outrossim informo que a fisioterapia deve ser mantida, no mínimo, por todo o período de desenvolvimento da criança.

Sem mais a declarar”.

O laudo pericial elaborado por fisioterapeuta esclareceu (ID 128049994):

“Quesitos do Advogado do autor: (...)

4. O tratamento perseguido pelo autor nesta ação, fisioterapia "Therasuit", é fornecido pelo Poder Público?

Não.

5. O tratamento perseguido pelo periciando nesta ação demonstra mais eficiente e eficaz do que os propostos pelo Poder Público?

Considerando que muitas vezes o setor público encontra-se com grande demanda para os atendimentos fisioterapêuticos e os profissionais não conseguem vencer essa demanda, o tratamento particular com o método Therasuit podria melhorar o quadro do autor.

6. O tratamento perseguido pelo autor encontra-se registrado na ANVISA?

Sim. DOU 08/08/2016. Consta nos autos fls. 508 e 513.

7. Existe lista de espera junto ao Poder Público para realização do tratamento perseguido pelo autor nesta ação?

Prejudicado.

(...)

Quesitos da União (...)

3) O tratamento intensivo de reabilitação com a aplicação do método Therasuit é o mais adequado para o autor?

Considerando que a fisioterapia é uma ciência ampla que visa a reabilitação e entendendo que o quadro neurológico apresenta várias situações e evoluções consideradas lentas e progressivas, para o caso em tela onde há perda sensorial e motora, além de técnicas como método Therasuit, também são indicadas técnicas da fisioterapia convencional com recursos da Cinesioterapia, da Hidroterapia, da Equoterapia, da Facilitação neuromuscular proprioceptiva (Kabat), da Integração sensorial e do Método Bobath, todas as técnicas com objetivo de melhorar o controle postural, devolver a funcionalidade, promover o ganho de força muscular, a resistência, a flexibilidade, a coordenação motora, o equilíbrio e a propriocepção.

4) O método Therasuit é fornecido pelo SUS?

Não.

5) Qual a melhora que o tratamento pelo método Therasuit poderia proporcionar ao autor? Por quanto tempo esse tratamento deveria ser ministrado?

Os objetivos do tratamento solicitado pelo autor são, promover melhora funcional, manutenção e/ou redução de déficits motores. O tratamento foca o desenvolvimento motor, o fortalecimento muscular, a resistência, a flexibilidade, a coordenação motora e o equilíbrio. Nos casos em que acomete o autor "Mielomeningocele" a fisioterapia será necessária até a fase adulta, porém é oportuno e necessário avaliação constante, projetada para avaliar componentes de funções específicos, levando em consideração a fase do desenvolvimento e os objetivos específicos para cada uma delas de acordo com a necessidade atual".

A eficácia terapêutica está provada: a terapia está registrada na ANVISA.

De outro lado, não há prova sobre a imprescindibilidade do tratamento: os peritos médico e fisioterapeuta manifestaram ser viável o uso de outras terapias fornecidas pelo SUS.

Considerada a natureza e a importância da causa, bem como o zelo dos profissionais, fixo os honorários advocatícios, em favor das rés, em 10% (dez por cento) do valor da causa, observada a Justiça Gratuita.

Por tais fundamentos, **dou provimento** às apelações.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE TRATAMENTO FISIOTERÁPICO – MÉTODO “THERASUIT” - REGISTRO NA ANVISA – PROVA DA IMPRESCINDIBILIDADE: AUSÊNCIA.

1. O fornecimento do medicamento é gratuito, porque a saúde integra o conjunto da seguridade social, cujo financiamento é distribuído por "toda a sociedade, de forma direta e indireta" (artigo 195, "caput", da Constituição Federal).
2. “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento” (REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018).
3. O mesmo raciocínio é aplicável ao fornecimento de tratamentos de fisioterapia, no âmbito do SUS.
4. No caso concreto, o requerido é portador de mielomeningocele, com déficit motor e bexiga neurogênica. O tratamento fisioterapêutico pelo método “Therasuit”, não disponível no SUS, foi indicado pela fisioterapeuta.
5. Não há prova sobre a imprescindibilidade do tratamento: os peritos médico e fisioterapeuta manifestaram ser viável o uso de outras terapias fornecidas pelo SUS.
6. Apelações providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5015146-43.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

PARTE AUTORA: IZARI CARLOS DA SILVA JUNIOR

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DOUGLAS RIBAR BENETON - SP394288-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A, MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A, ADRIANA CARLA BIANCO - SP359007-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5015146-43.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

PARTE AUTORA: IZARI CARLOS DA SILVA JUNIOR

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DOUGLAS RIBAR BENETON - SP394288-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A, MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A, ADRIANA CARLA BIANCO - SP359007-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5015146-43.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

PARTE AUTORA: IZARI CARLOS DA SILVA JUNIOR

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DOUGLAS RIBAR BENETON - SP394288-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A, MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A, ADRIANA CARLA BIANCO - SP359007-A

OUTROS PARTICIPANTES:

Trata-se de remessa oficial contra r. sentença que concedeu a segurança, para determinar a inscrição do impetrante na Ordem dos Advogados do Brasil/SP, observados os impedimentos relativos ao cargo público que exerce, sem a necessidade de aprovação no "Exame de Ordem".

O Ministério Público Federal ofereceu parecer.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5015146-43.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

PARTE AUTORA: IZARI CARLOS DA SILVA JUNIOR

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DOUGLAS RIBAR BENETON - SP394288-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A, MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A, ADRIANA CARLA BIANCO - SP359007-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O impetrante é bacharel em Direito, formado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 18 de janeiro de 1991 (ID 136331403 - Págs. 5/6) e atualmente exerce o cargo de Procurador da Fazenda Nacional (ID 136331403 - Pág. 7)

Requeru a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil/SP, com documento expedido pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, nos seguintes termos (ID 136331403 - Pág. 2): “CERTIFICO, para os devidos fins, que IZARI CARLOS DA SILVA JUNIOR, concluiu o Curso de Graduação em Direito, nesta Universidade, tendo colado grau em 18 de janeiro de 1991. CERTIFICO, outrossim, que o mesmo realizou o Estágio de Prática Forense e Organização Judiciária (Direito Civil e Direito Penal), desenvolvido no 7º, 8º, 9º e 10º Período no Escritório Modelo de Aplicação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com 300 (trezentas) horas”.

Em virtude da recusa de inscrição da Ordem dos Advogados do Brasil/SP, o impetrante ajuizou o mandado de segurança nº 002262-23.2013.403.6100, que foi rejeitado sob o fundamento de ausência de “menção ao representante da Ordem dos Advogados do Brasil”.

Após a denegação da segurança, o impetrante formulou novo pedido de inscrição, mediante a apresentação de certidão emitida pelo estabelecimento de ensino, com a correta identificação do representante da OAB/PR que acompanhou o estágio realizado, mas o pedido foi novamente rejeitado, sob o fundamento de que “Não há direito adquirido à dispensa do Exame de Ordem se, a época da Conclusão do Curso de Direito e ainda vigente o Estatuto Anterior (Lei 4.215/63), o requerente exercia atividade incompatível com a advocacia. Assim, a aferição dos requisitos para inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, deve ser feita quando cessada a incompatibilidade e sob as regras vigentes neste tempo. Necessidade da realização do exame de Ordem a teor do inciso IV, do art. 8º da Lei 8.906/94...” (ID 136331403 - Pág. 37).

Ocorre que, conforme documento fornecido pela OAB/PR, o impetrante “já foi inscrito nesta Seccional, provisoriamente, no período de 11.06.1991 a 09.04.1992... A inscrição principal vigorou de 09.04.1992 a 19.03.1993, quando foi cancelada, de ofício, por ter passado, o interessado, a exercer as funções, incompatíveis, de Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Em 12.05.1994, a inscrição principal foi restaurada, por despacho da Presidência desta Seccional, com os impedimentos do art. 85, VI, da Lei 4.215/63, por ocupar o cargo de Procurador da Fazenda Nacional. Em 30.03.1999, o advogado requereu o cancelamento de sua inscrição (fl. 11, dos autos do processo de restauração da inscrição sob o nº 18389/1994), pedido deferido em 22.04.1999.” (ID 136331403 - Pág. 40).

A Lei Federal nº 4.215/63, estatuto anterior da Ordem dos Advogados do Brasil, vigente até 1994, permitia o registro de advogados sem a aprovação no “Exame de Ordem”, nos seguintes termos: “Artigo 48 - Para inscrição no quadro dos advogados é necessário: (...) III - certificado de comprovação do exercício e resultado do estágio, ou de habilitação no Exame de Ordem (arts. 18, inciso VIII, letras “a” e “b” e 53);”

Nesses termos, é inexigível a aprovação no exame de ordem, pois foi comprovada a aprovação em estágio supervisionado pela OAB/PR (ID 136331403 - Pág. 4 e 136331403 - Pág. 20).

Ademais, resta claro o preenchimento dos demais requisitos legais para inscrição como advogado, pois o impetrante já esteve inscrito no referido órgão profissional, embora em outra Seccional (ID 136331403 - Pág. 40/41).

No *mandado de segurança*, não são devidos *honorários advocatícios* (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por esses fundamentos, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL/SP – PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL - INSCRIÇÃO – DESNECESSIDADE DE APROVAÇÃO EM EXAME DE ORDEM – COMPROVAÇÃO DE ESTÁGIO PROFISSIONAL, NOS TERMOS DA LEI FEDERAL Nº 4.215/63 – INSCRIÇÃO ANTERIOR NA OAB/PR.

1. É inexigível a aprovação no exame de ordem, pois foi comprovada a aprovação em estágio supervisionado pela OAB/PR, nos termos da Lei Federal nº 4.215/63.
2. O preenchimento dos demais requisitos legais para inscrição como advogado, também foram demonstrados, pois o impetrante já esteve inscrito na OAB/PR.
3. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5000291-30.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WLADEMIR CARLOS MARTINEZ

Advogados do(a) APELADO: ANA PAULA NUNES DA SILVA BOTELHO - RJ1094060A, FABIANA VILHENA MORAES SALDANHA - SP147247

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5000291-30.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WLADEMIR CARLOS MARTINEZ

Advogados do(a) APELADO: ANA PAULA NUNES DA SILVA BOTELHO - RJ1094060A, FABIANA VILHENA MORAES SALDANHA - SP147247

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de ação declaratória de isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, em decorrência de moléstia profissional, com a restituição do indébito tributário.

A r. sentença (ID 1840798) julgou o pedido inicial procedente, para reconhecer a isenção e determinar a restituição dos valores recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, atualizados pela Taxa SELIC. Condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Nas razões de apelação (ID 1840801), a União Federal requer a reforma da r. sentença. Sustenta o não cabimento da isenção, por ausência de prova quanto ao nexos causal entre a doença e a atividade profissional.

Contrarrazões (ID 1840806).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000291-30.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WLADEMIR CARLOS MARTINEZ

Advogados do(a) APELADO: ANA PAULA NUNES DA SILVA BOTELHO - RJ1094060A, FABIANA VILHENA MORAES SALDANHA - SP147247

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

A Lei Federal nº 7.713/1988:

"Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;" (Redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015)

No caso concreto, há prova do acidente de trabalho, ocorrido em 27 de janeiro de 1997 (CAT – ID 1840765).

O laudo de exame médico pericial, emitido por profissional vinculado ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, atestou o nexo da doença ao acidente de trabalho (ID 1840761), tendo ocorrido sucessivos períodos de afastamento, por incapacidade laborativa (ID's 1840762 a 1840766).

O v. Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, no julgamento da ação acidentária (Apelação n.º 994.07.171496-6), amparado em laudo pericial, corrobora a alegação de nexo entre as sequelas e o exercício das atividades (ID 1840759).

Há prova da moléstia profissional.

A jurisprudência:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO PREVISTA. APOSENTADA POR INVALIDEZ. MOLESTIA PROFISSIONAL. ART. 6º, XIV, DA LEI Nº. 7.713/88. LAUDO OFICIAL. DESNECESSIDADE. DIREITO À RESTITUIÇÃO DESDE O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO DA UNIÃO IMPROVIDA.

- A Lei nº 7.713/88 em seu art. 6º estabelece as hipóteses de isenção com relação a proventos de aposentadoria ou reforma, e os valores relativos a pensões, quando os respectivos titulares forem portadores de moléstias graves, nos casos e nas condições previstas no artigo 6º, XIV e XXI, da Lei 7.713/88.

- A isenção do IRPF exige e decorre, unicamente, da identificação da existência do quadro médico, cujo requisito do laudo oficial (artigo 30 da Lei 9.250/1995), segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça, é impositivo à Administração, mas, em Juízo, podem ser considerados outros dados.

- Não existe dúvida de que a autora é portador de moléstia ocupacional.

- Presentes, de forma irrefutável, as indispensáveis provas técnicas produzidas de forma robusta pelo louvado da justiça (fls. 117/132), necessárias ao livre convencimento motivado do Juízo.

- A r. sentença a quo restou por arrazoada mediante a comprovação por laudo médico elaborado pelo perito médico da confiança do Juízo, admitido de forma plena e equivalente ao laudo emitido por órgão oficial do Estado, nos termos da pacificada jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça.

- O entendimento consolidado no âmbito do C. STJ pelo qual o laudo médico oficial ao fim do reconhecimento da isenção de imposto de renda, nos termos do previsto no artigo 30 da Lei nº 9.250/95 e inciso XIV do artigo 6º da Lei nº 7.713 /88, não tem que ser necessariamente o emitido Estado, na seara administrativa. Pois vigora em nosso sistema processual o princípio da persuasão racional do Juízo, à análise do acervo probatório, distanciando da prova tarifária, ora pretendida. É dizer: a regra é a da liberdade do julgador em seu exercício de convencimento. (...)"

(AC 00093674020114036112, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/06/2016)

O autor faz jus à isenção.

É cabível a restituição do indébito, acrescido de correção monetária pela Taxa Selic, observada a prescrição quinquenal.

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, fixo os honorários advocatícios em 11% (onze por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA - EXISTÊNCIA DE MOLESTIA PROFISSIONAL.

1. No caso concreto, há prova do acidente de trabalho, ocorrido em 27 de janeiro de 1997 (CAT).
2. O laudo de exame médico pericial, emitido por profissional vinculado ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, atestou o nexo da doença ao acidente de trabalho.
3. Ocorreram sucessivos períodos de afastamento, por incapacidade laborativa.
4. O v. Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, no julgamento da ação acidentária (Apelação nº 994.07.171496-6), amparado em laudo pericial, corrobora a alegação de nexo entre as sequelas e o exercício das atividades.

5. Há prova da moléstia profissional.

6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5003421-57.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: VALERIA BORTOLUCCI

Advogado do(a) APELANTE: LIRIO GOMES - SP88522-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELADO: JOSE ARNALDO JANSSEN NOGUEIRA - SP353135-A, SERVIO TULIO DE BARCELOS - SP295139-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003421-57.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: VALERIA BORTOLUCCI

Advogado do(a) APELANTE: LIRIO GOMES - SP88522-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELADO: JOSE ARNALDO JANSSEN NOGUEIRA - MS18604-A, SERVIO TULIO DE BARCELOS - MS14354-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de ação ordinária destinada a viabilizar a correção dos valores referentes ao PASEP.

A r. sentença (ID 75936004) julgou o pedido inicial improcedente, sob o fundamento da prescrição quinquenal prevista no artigo 1º, do Decreto Federal nº 20.910/32.

Nas razões de apelação (75936005), a autora, ora apelante, aponta a inaplicabilidade do referido Decreto.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003421-57.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: VALERIA BORTOLUCCI

Advogado do(a) APELANTE: LIRIO GOMES - SP88522-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELADO: JOSE ARNALDO JANSSEN NOGUEIRA - MS18604-A, SERVIO TULIO DE BARCELOS - MS14354-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto:

No caso concreto, o mérito da apelação é restrito à incidência ou não do prazo prescricional previsto no artigo 1º, do Decreto Federal nº. 20.910/32.

Como bem afirmado na r. sentença:

O prazo prescricional aplicável ao PASEP é o previsto pelo artigo 1º do Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que possui a seguinte redação:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

(sem negrito no original)

Ou seja, os fatos que originaram os valores pleiteados pela autora são anteriores ao ano 2000, sendo o início da contagem do prazo de cinco anos a partir de cada parcela.

Portanto, tendo em vista que os valores discutidos são anteriores ao ano 2000 e, a presente ação foi ajuizada em 12/03/2019, operou-se a prescrição.

A jurisprudência desta Corte:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTAS INDIVIDUAIS NO PIS/PASEP. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA.

1. Tratando-se de ação de cobrança de diferenças de correção monetária aplicada sobre os valores depositados em contas individuais do PIS/PASEP, e não havendo expressa previsão normativa de prazo prescricional diferenciado, nas legislações que o regulamenta (Lei Complementar nº 8/70, Lei Complementar nº 26/75, Decreto nº 78.276/76, Lei nº 7.738/89, Lei nº 7.764/89, Lei 8.177/91 e Lei 9.365/96), é aplicável o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto nº 20.910/32.

2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

3. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1366961 - 0000539-69.2008.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 09/12/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/12/2010 PÁGINA: 576)

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, fixo os honorários advocatícios em 11% (onze por cento) do valor da causa, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

EMENTA

ACÇÃO ORDINÁRIA - APELAÇÃO - RECOMPOSIÇÃO DOS VALORES REFERENTES AO PASEP - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ARTIGO 1º, DO DECRETO FEDERAL Nº 20.910/32 - INCIDÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO.

1. No caso concreto, o mérito da apelação é restrito à incidência ou não do prazo prescricional previsto no artigo 1º, do Decreto Federal nº. 20.910/32.

2. Como bem afirmado na r. sentença:

O prazo prescricional aplicável ao PASEP é o previsto pelo artigo 1º do Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que possui a seguinte redação:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

(sem negrito no original)

Ou seja, os fatos que originaram os valores pleiteados pela autora são anteriores ao ano 2000, sendo o início da contagem do prazo de cinco anos a partir de cada parcela.

Portanto, tendo em vista que os valores discutidos são anteriores ao ano 2000 e, a presente ação foi ajuizada em 12/03/2019, operou-se a prescrição.

3. Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, fixo os honorários advocatícios em 11% (onze por cento) do valor da causa, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 0045882-24.2012.4.03.6182

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

APELANTE: AGROPECUARIA SAO FRANCISCO ADME PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CHRISTINA PEREIRA GONCALVES - SP97743-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO, INDUSTRIAS MATARAZZO DE EMBALAGENS LTDA

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

Advogados do(a) APELADO: LUIS ANTONIO DA GAMA E SILVA NETO - SP216068-A, MAERCIO TADEU JORGE DE ABREU SAMPAIO - SP46382-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE NASRALLAH - SP141946-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0045882-24.2012.4.03.6182

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

APELANTE: AGROPECUARIA SAO FRANCISCO ADM E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CHRISTINA PEREIRA GONCALVES - SP97743-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO, INDUSTRIAS MATARAZZO DE EMBALAGENS LTDA

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

Advogados do(a) APELADO: LUIS ANTONIO DA GAMA E SILVA NETO - SP216068-A, MAERCIO TADEU JORGE DE ABREU SAMPAIO - SP46382-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE NASRALLAH - SP141946-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por **Agropecuária São Francisco – Administração e Participações Ltda.** contra v. acórdão da Sexta Turma desta Corte que, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto contra decisão que manteve a sentença que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* para julgar extintos os embargos de terceiros opostos em face da **União Federal, Maria Pia Matarazzo e Indústrias Matarazzo de Embalagens Ltda.**

O acórdão da Turma, proferido em 04/06/2020, encontra-se assimementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - ART. 1021 DO CPC - EMBARGOS DE TERCEIRO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE MANTEVE A SENTENÇA: POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPessoal, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA (ART. 37, CF), ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO) - RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE, MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, INEXISTENTE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - DOCUMENTO JUNTADO AOS AUTOS COM A APELAÇÃO NÃO APRECIADO POR NÃO CONFIGURAR "*DOCUMENTO NOVO*" (ART. 435 DO CPC) - ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o decisum, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.

3. O reconhecimento da ilegitimidade é matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida a qualquer tempo. Inexiste no caso supressão de instância, pelo fato do Relator ter analisado os fatos e argumentos invocados pelas partes em suas respectivas razões e contrarrazões de apelação e, afinal concluído pela ilegitimidade da parte, anteriormente reconhecida pela sentença. Precedente desta Corte.

4. Os documentos (ids 107955627 e 107955628), trazido aos autos **apenas em sede de agravo interno**, não podem ser apreciados nesta via, pois **não se tratam de "documentos novos"**, conforme exigido pelo art. 397 do CPC/73 ou art. 435 do CPC/2015, mas sim de documento em relação ao qual a agravante tinha disponibilidade no momento da apresentação de sua inicial, mas não juntou aos autos conforme impunha o art. 396 do CPC/73, então vigente, preferindo ocultá-lo e oferecê-lo apenas ao Tribunal, sujeitando-se assim aos efeitos da **preclusão**. Nesse sentido: "Os documentos indispensáveis à propositura da ação (CPC/73, art. 283, então vigente) ou os fundamentais/substanciais à defesa devem ser apresentados juntamente com a petição inicial ou contestação (art. 396, CPC/73), não se admitindo, nesse caso, a juntada tardia com a interposição de agravo interno, após o julgamento da apelação, não sendo o caso também de documento novo ou destinado a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados (CPC, art. 397)." (REsp 1262132/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/02/2015). Precedentes desta Corte.

5. Argumentos apresentados no agravo não abalaram fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, adotando-as como razão de decidir deste agravo.

6. A embargante é parte ilegítima para postular o reconhecimento da prescrição intercorrente na execução fiscal 0505554-83.1998.4.03.6182, movida pela União em face de Maria Pia Matarazzo, matéria que não é objeto destes embargos.

7. Alegada prescrição foi reconhecida em primeira instância em decisão posteriormente modificada por este Relator, encontrando-se atualmente sobrestado o processo até a decisão do REsp nº 1.201.993/SP, representativo de controvérsia, correspondente ao tema nº 444, o qual questiona a prescrição para o redirecionamento da execução fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica.

8. Melhor sorte não assiste à parte embargante quando postula o levantamento da constrição incidente sobre os direitos hereditários relativos ao imóvel de matrícula nº 176.160, do 4º Cartório de Registro de Imóveis, que alega possuir.

9. A embargante não traz aos autos a escritura de doação em que teria a executada Maria Pia Matarazzo cedido seus direitos hereditários sobre referido bem aos seus descendentes. Também não consta dos autos documento por meio do qual se comprova a integralização do imóvel para fins de conferência de bens da embargante. O Superior Tribunal de Justiça decidiu em recente julgado que a integralização do capital social por meio de imóvel indicado pelo sócio não opera, por si, a transferência da propriedade do bem à sociedade empresarial, mas exige o registro do título translativo no registro de imóveis.

10. Há documentos constantes dos autos que fazem com que as alegações da embargante sejam verdadeiramente dúbias, como as petições da Camargo Corrêa – Cyrela Paulista 1230 Empreendimentos Imobiliários Ltda., às fls. 300/303 e 305/309, que esclarecem como seria paga a parte do preço – 20% do todo - à Sra. Maria Pia, na negociação do imóvel.

11. Como foi indicado pela União, no instrumento particular de transação consta a existência de discussão sobre a eficácia da escritura pública de cessão de direitos hereditários em 1983, pela Sra. Maria Pia.

12. Do esboço de partilha se verifica que a parte ideal do imóvel foi transmitida, no percentual de 20% para cada herdeiro, com cláusula de impenhorabilidade e incomunicabilidade até três anos da abertura da sucessão de Mariângela Sansiviero Matarazzo, que faleceu em 27.03.1996, o que permite o questionamento da validade da alegada doação.

13. A prova documental apresentada pela embargante é insuficiente para amparar sua pretensão, o que impede o provimento do apelo. Precedentes.

14. Agravo interno improvido.

Sustenta a embargante a existência de equívocos de fato e omissões constantes no acórdão.

Alega que adquiriu direitos hereditários que levariam à titularidade de parcela de um imóvel. Esses direitos, afirma, bem como os produtos de sua eventual venda, foram penhorados em execução, na qual defende ser terceira. Sustenta que sua legitimidade é evidente.

Narra que o espólio vendeu diretamente o imóvel e os herdeiros, dentre os quais a embargante, receberiam o preço, conforme fixado na partilha, e que a embargante fez substituir a penhora de seus direitos hereditários por dinheiro.

Dessa forma, alega, manteve sua legitimidade para impugnar a penhora original, uma vez que, no mérito, a constrição se fazia ilegal, já que os direitos hereditários foram adquiridos de forma lícita, o que afirma ter sido confirmados por dois acórdãos, com trânsito em julgado.

Aduz que a decisão de primeiro grau e as que a seguiram, equivocadamente, entenderam pela ilegitimidade da embargante, ao argumento de que não seria titular do imóvel subjacente aos direitos hereditários, pois pertenceria à Soc. Camargo Correia.

Argumenta a existência de dois equívocos, consistentes no fato de que o imóvel não foi penhorado, mas os direitos hereditários pertencentes à embargante e de que a Camargo Correia adquiriu do espólio o imóvel com a participação direta dos titulares de direitos hereditários, obrigando-se a pagar-lhes o preço. Aduz que a penhora desses direitos é que deu à embargante a legitimidade para opor embargos de terceiro, a fim de liberar o dinheiro entregue em substituição à penhora dos direitos.

Ressalta que não se trata de penhora sobre imóvel, mas sobre dinheiro que substituiu a penhora dos direitos hereditários pertencentes à embargante.

Alega, relativamente ao acórdão embargado, a existência de erro material ao citar os processos nºs 0004399-53.2013.4.05.8500 e 0019775-34.2012.4.03.8300 como aqueles que reconheceriam a licitude da transferência dos direitos sucessórios relativos ao imóvel objeto da matrícula nº 176.160 e declaram a inexistência de fraude na aquisição desses direitos, que seriam, na realidade os processos de nºs 521.685-4/9 e 522.373-4/2, que tramitaram junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Defende a existência de omissões, pois a sentença de primeiro grau deixou de analisar a verdadeira constrição – dos direitos hereditários – e entendeu ser a embargante parte ilegítima para impugnar a penhora de imóvel que não lhe pertencia, nem foi penhorado. Nesse sentido, alega, o Tribunal deveria se limitar à apreciação da questão da legitimidade ativa da embargante para impugnar a penhora sobre direitos hereditários e não sobre o imóvel. Aduz que isso não ocorreu, o que constitui a omissão apontada. Sustenta que, diversamente, decidiu-se sobre matéria não apreciada na sentença, incorrendo em supressão de instância. Suscita omissão quanto ao disposto no art. 1013, § 3º, I, do CPC, pois argumenta que o mérito somente poderia ser apreciado com a reforma da sentença para acolher a legitimidade ativa da embargante. Alega, ademais a afronta ao devido processo legal e à ampla defesa – arts. 139, I, do CPC, 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

De outra parte, argui omissão quanto à efetiva comprovação da posse e titularidade da embargante sobre os direitos hereditários penhorados, por constituir o documento de partilha e os acórdãos proferidos nos agravos de instrumento nºs 521.685-4/9 e 522.373-4/2, já transitados em julgado, prova suficiente de sua titularidade.

Afirma que, diferentemente do que constou no acórdão, não houve integralização do imóvel, mas conferência de direitos hereditários sobre o imóvel, promovida pelos sócios da embargante, o que afirma constar do documento de partilha, desnecessária a necessidade de registro na matrícula do imóvel.

Aduz omissão quanto à realidade de que a transferência de parte dos direitos hereditários da embargante à sociedade Theodor Wille KG se deu em razão da execução ter sido aparelhada anteriormente a 1983, quando houve a doação. Nesse caso, afirma, foi possível a penhora dos direitos alienados.

Argumenta que houve omissão quanto à venda do imóvel pelo espólio à sociedade Camargo/Cyrela e o recebimento do produto da alienação, pois o quinhão originalmente atribuído à Sra. Maria Pia foi depositado nos autos do inventário, o que permitiu o levantamento dos valores pela Theodor Wille Kg, conforme acórdãos transitados em julgado, e autorizaram a compradora do imóvel a entregar no futuro as áreas construídas à empresa mencionada, bem como à embargante.

Nesse sentido, afirma que o acórdão ignorou os documentos que afastam a dubiedade das alegações da embargante quanto à aquisição e recebimento dos direitos hereditários.

Postula, ainda, a existência de omissão e erro de fato, em violação aos arts. 17 e 485, IV, do CPC, quanto à alegada realidade de que não havia restrições à doação dos direitos hereditários. Sustenta, ainda, que caso existissem gravames esses onerariam o imóvel e não os direitos hereditários correspondentes. Insiste que a doação e conferência de bens foram de direitos hereditários e não do imóvel, jamais transferido à embargante.

Por fim, alega omissão quanto à dita legítima aquisição dos direitos hereditários pela embargante, terceira de boa-fé, em contrariedade ao art. 792 do CPC, por não ter se pronunciado o acórdão acerca da existência de má-fé da embargante, que afirma ter recebido o bem não da Sra. Maria Pia, mas de seus antigos sócios, contra quem não havia qualquer execução capaz de reduzi-los à insolvência.

Afirma, ainda, que o fato desses sócios terem recebido o bem por ato anterior, celebrado com a Sra. Maria Pia é irrelevante para o terceiro de boa-fé, pois na ocasião não havia contra ela qualquer demanda ou execução. E ainda que fosse declarada ineficaz tal doação da Sra. Maria Pia, alega que o ato subsequente não poderia ser atingido, pois o bem não fora penhorado à época da conferência e a execução não havia sido redirecionada contra a proprietária original e alega que tudo isso foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Requer, afinal, o acolhimento dos embargos de declaração para que sejam sanados os vícios apontados.

A União Federal apresentou **resposta** (id. 137010658).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0045882-24.2012.4.03.6182

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

APELANTE: AGROPECUARIA SAO FRANCISCO ADM E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CHRISTINA PEREIRA GONCALVES - SP97743-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MARIA PIA ESMERALDA MATARAZZO, INDUSTRIAS MATARAZZO DE EMBALAGENS LTDA

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

Advogados do(a) APELADO: LUIS ANTONIO DA GAMA E SILVA NETO - SP216068-A, MAERCIO TADEU JORGE DE ABREU SAMPAIO - SP46382-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE NASRALLAH - SP141946-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

Os embargos merecem ser parcialmente acolhidos, porém sem efeitos modificativos.

De fato, constato a existência do erro material apontado pela embargante ao citar os processos nºs 0004399-53.2013.4.05.8500 e 0019775-34.2012.4.03.8300 como aqueles que reconheceriam a licitude da transferência dos direitos sucessórios relativos ao imóvel objeto da matrícula nº 176.160 e declaram a inexistência de fraude na aquisição desses direitos.

Dessa forma, corrijo a redação de parágrafo do relatório do voto proferido para que fiquem constando os números mencionados como corretos.

"Defende que é suficiente para prova de sua titularidade o documento de partilha, que os atribui à agravante, bem como acórdãos já transitados em julgado, referentes aos processos nºs 521.685-4/9 e 522.373-4/2 que reconhecem a licitude da transferência dos direitos sucessórios e declaram a inexistência de fraude, seja na doação ou na aquisição" (id 133854181, pag. 2).

No mais, não assiste razão ao embargante.

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre *in casu*.

Salta aos olhos que o intento da embargante nada tem a ver com o objetivo de esclarecimento da decisão, pois o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do artigo 1022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, na verdade, o mero inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambigüidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

Pelo exposto, **dou parcial provimento** aos embargos de declaração, nos termos explicitados.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PARTICULAR. *DECISUM* QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO. ACOLHIMENTO SEM EFEITOS MODIFICATIVOS PARA CORREÇÃO DO RELATÓRIO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Os embargos merecem ser parcialmente acolhidos, porém sem efeitos modificativos.
2. De fato, há erro material ao citar os processos nºs 0004399-53.2013.4.05.8500 e 0019775-34.2012.4.03.8300 como aqueles que reconheceriam a licitude da transferência dos direitos sucessórios relativos ao imóvel objeto da matrícula nº 176.160 e declararam a inexistência de fraude na aquisição desses direitos. Corrijo a redação de parágrafo do relatório do voto proferido para que fiquem constando os nºs 521.685-4/9 e 522.373-4/2 mencionados como corretos.
3. No mais, não assiste razão à embargante.
4. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.
5. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado (há lei que prevê a possibilidade de aplicação da multa), demonstram, na verdade, o inconformismo do recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.
6. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).
7. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).
8. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).
9. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).
10. Embargos de declaração parcialmente providos, sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos embargos de declaração, nos termos explicitados, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002122-11.2020.4.03.6100

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

APELANTE: LBR - LACTEOS BRASIL S/A EM RECUPERACAO JUDICIAL

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002122-11.2020.4.03.6100

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

APELANTE: LBR - LACTEOS BRASIL S/A EM RECUPERACAO JUDICIAL

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela impetrante perante acórdão assimementado:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. REEXAME NÃO CONHECIDO. MORA ADMINISTRATIVA CONFIGURADA, SEM IMPUGNAÇÃO DA FAZENDA. IMPOSSIBILIDADE DE OBSTAR A RESTITUIÇÃO SE EXISTENTE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARCELADOS; COM SUA EXIGIBILIDADE SUSPensa. RESP 1.213.082/PR. A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.844/13 E A REDAÇÃO CONFERIDA AO PAR. ÚNICO DO ART. 73 DA LEI 9.430/96 NÃO AFASTA O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO STJ, VISTO QUE O PARCELAMENTO IMPÕE A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE GARANTIA. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC A PARTIR DO RECONHECIMENTO DA MORA. EFETIVO RESSARCIMENTO MEDIANTE ORDEM MANDAMENTAL AFASTADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA

A embargante sustenta omissão do julgado quanto à petição nº 140325335, requerendo a intimação da autoridade coatora para comprovar o cumprimento da tutela recursal conferida em processo incidental (5018067-05.2020.4.03.0000), confirmada no presente acórdão, vez que a autoridade permanece retendo os créditos em face de débitos com sua exigibilidade suspensa.

Por seu turno, invoca a necessidade de prequestionamento do art. 24 da Lei 11.157/07 e do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95 perante a determinação da incidência da Taxa SELIC a partir da configuração da mora administrativa, ultrapassado o prazo de 360 dias. Defende que a incidência a partir dos pedidos de ressarcimento obedece à isonomia tributária.

Resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002122-11.2020.4.03.6100

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

APELANTE: LBR - LACTEOS BRASIL S/A EM RECUPERACAO JUDICIAL

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

A dita omissão padece de fundamento, em sendo suficiente a prestação jurisdicional garantida à impetrante, com clara ordem mandamental para que os débitos com exigibilidade suspensa não sejam óbice para o processamento dos pedidos de restituição. A União Federal foi devidamente intimada da decisão, e informou seu órgão fazendário dos efeitos daquele *decisum*, conforme exposto em resposta aos embargos.

No mais, o marco inicial para a incidência da Taxa SELIC foi resolvido em sede de repetitivos pelo STJ (tema 1.003), vinculando-a à configuração da mora por parte da Administração Fazendária. Destaque-se:

TRIBUTÁRIO. REPETITIVO. TEMA 1.003/STJ. CRÉDITO PRESUMIDO DE PIS/COFINS. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. APROVEITAMENTO ALEGADAMENTE OBSTACULIZADO PELO FISCO. SÚMULA 411/STJ. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO EXAURIMENTO DO PRAZO DE 360 DIAS A QUE ALUDE O ART. 24 DA LEI N. 11.457/07. RECURSO JULGADO PELO RITO DOS ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015.

1. A Primeira Seção desta Corte Superior, a respeito de créditos escriturais, derivados do princípio da não cumulatividade, firmou as seguintes diretrizes: (a) "A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal" (REsp 1.035.847/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/08/2009 - Tema 164/STJ); (b) "É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco" (Súmula 411/STJ); e (c) "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)" (REsp 1.138.206/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/09/2010 - Temas 269 e 270/STJ).

2. Consoante decisão de afetação ao rito dos repetitivos, a presente controvérsia cinge-se à "Definição do termo inicial da incidência de correção monetária no ressarcimento de créditos tributários escriturais: a data do protocolo do requerimento administrativo do contribuinte ou o dia seguinte ao escoamento do prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei n. 11.457/2007".

3. A atualização monetária, nos pedidos de ressarcimento, não poderá ter por termo inicial data anterior ao término do prazo de 360 dias, lapso legalmente concedido ao Fisco para a apreciação e análise da postulação administrativa do contribuinte. Efetivamente, não se configuraria adequado admitir que a Fazenda, já no dia seguinte à apresentação do pleito, ou seja, sem o mais mínimo traço de mora, devesse arcar com a incidência da correção monetária, sob o argumento de estar opondo "resistência ilegítima" (a que alude a Súmula 411/STJ). Ora, nenhuma oposição ilegítima se poderá identificar na conduta do Fisco em servir-se, na integralidade, do interregno de 360 dias para apreciar a pretensão ressarcitória do contribuinte.

4. Assim, o termo inicial da correção monetária do pleito de ressarcimento de crédito escritural excedente tem lugar somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco.

5. Precedentes: EREsp 1.461.607/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 1º/10/2018; AgInt no REsp 1.239.682/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13/12/2018; AgInt no REsp 1.737.910/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 28/11/2018; AgRg no REsp 1.282.563/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/11/2018; AgInt no REsp 1.724.876/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 07/11/2018; AgInt nos EDcl nos EREsp 1.465.567/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 06/11/2018; AgInt no REsp 1.665.950/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/10/2018; AgInt no AREsp 1.249.510/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/09/2018; REsp 1.722.500/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2018; AgInt no REsp 1.697.395/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 27/08/2018; e AgInt no REsp 1.229.108/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. P/Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2018.

6. TESE FIRMADA: "O termo inicial da correção monetária de ressarcimento de crédito escritural excedente de tributo sujeito ao regime não cumulativo ocorre somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco (art. 24 da Lei n. 11.457/2007)".

7. Resolução do caso concreto: recurso especial da Fazenda Nacional provido.

O atendimento à razoabilidade e à isonomia do marco inicial se faz presente diante do seguinte entendimento firmado pelo STJ:

"A atualização monetária, nos pedidos de ressarcimento, não poderá ter por termo inicial data anterior ao término do prazo de 360 dias, lapso legalmente concedido ao Fisco para a apreciação e análise da postulação administrativa do contribuinte. Efetivamente, não se configuraria adequado admitir que a Fazenda, já no dia seguinte à apresentação do pleito, ou seja, sem o mais mínimo traço de mora, devesse arcar com a incidência da correção monetária, sob o argumento de estar opondo "resistência ilegítima" (a que alude a Súmula 411/STJ). Ora, nenhuma oposição ilegítima se poderá identificar na conduta do Fisco em servir-se, na integralidade, do interregno de 360 dias para apreciar a pretensão ressarcitória do contribuinte".

Com efeito, a situação é diversa daquela enfrentada pelo contribuinte, sujeito à exigibilidade de créditos tributários com determinação de vencimento e apuração delimitadas na legislação tributária, não exigindo, como exige o pleito administrativo de restituição, apuração após aquele vencimento para o pronto pagamento.

Não há que se falar, portanto, na existência de vício (de contradição ou omissão) a macular a decisão vergastada, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, nego provimento aos aclaratórios.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A dita omissão padece de fundamento, em sendo suficiente a prestação jurisdicional garantida à impetrante, com clara ordem mandamental para que os débitos com exigibilidade suspensa não sejam óbice para o processamento dos pedidos de restituição. A União Federal foi devidamente intimada da decisão, e informou seu órgão fazendário dos efeitos daquele *decisum*, conforme exposto em resposta aos embargos.

2. O marco inicial para a incidência da Taxa SELIC foi resolvido em sede de repetitivos pelo STJ (tema 1.003), vinculando-a à configuração da mora por parte da Administração Fazendária. O atendimento à razoabilidade e à isonomia do marco inicial se faz presente diante do seguinte entendimento firmado pelo STJ: "A atualização monetária, nos pedidos de ressarcimento, não poderá ter por termo inicial data anterior ao término do prazo de 360 dias, lapso legalmente concedido ao Fisco para a apreciação e análise da postulação administrativa do contribuinte. Efetivamente, não se configuraria adequado admitir que a Fazenda, já no dia seguinte à apresentação do pleito, ou seja, sem o mais mínimo traço de mora, devesse arcar com a incidência da correção monetária, sob o argumento de estar opondo "resistência ilegítima" (a que alude a Súmula 411/STJ). Ora, nenhuma oposição ilegítima se poderá identificar na conduta do Fisco em servir-se, na integralidade, do interregno de 360 dias para apreciar a pretensão ressarcitória do contribuinte".

3. A situação é diversa daquela enfrentada pelo contribuinte, sujeito à exigibilidade de créditos tributários com determinação de vencimento e apuração delimitadas na legislação tributária, não exigindo, como exige o pleito administrativo de restituição, apuração após aquele vencimento para o pronto pagamento.

4. Não há que se falar, portanto, na existência de vício (de contradição ou omissão) a macular a decisão vergastada, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, nego provimento aos aclaratórios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012995-44.2009.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

APELADO: ULYSSES FAGUNDES NETO, MARTA CYBELE CARNEIRO, S. VIANNA VIAGENS E TURISMO LTDA - ME, AD AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: KAMILE MEDEIROS DO VALLE - SP377858, LUCAS CHEREM DE CAMARGO RODRIGUES - SP182496-A, ANE ELISA PEREZ - SP138128-A

Advogado do(a) APELADO: JOSE LEITE GUIMARAES JUNIOR - SP171532-A

Advogados do(a) APELADO: RITA DE CASSIA SPALLA FURQUIM - SP85441-A, MANOEL BENTO DE SOUZA - SP98702-A

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO NUDELMAN FRANKEN - SP295186-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 0012995-44.2009.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

APELADO: ULYSSES FAGUNDES NETO, MARTA CYBELE CARNEIRO, S. VIANNA VIAGENS E TURISMO LTDA - ME, AD AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: KAMILE MEDEIROS DO VALLE - SP377858, LUCAS CHEREM DE CAMARGO RODRIGUES - SP182496-A, ANE ELISA PEREZ - SP138128-A

Advogado do(a) APELADO: JOSE LEITE GUIMARAES JUNIOR - SP171532-A

Advogados do(a) APELADO: RITA DE CASSIA SPALLA FURQUIM - SP85441-A, MANOEL BENTO DE SOUZA - SP98702-A

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO NUDELMAN FRANKEN - SP295186-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA) : Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a sentença proferida nesta ação civil pública ajuizada, com pedido cautelar de indisponibilidade de bens, contra ULYSSES FAGUNDES NETO, MARTHA CYBELE CARNEIRO, S. VIANNA VIAGENS E TURISMO LTDA. e AD AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., e pela qual se objetivou condenação nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

A presente ACP foi ajuizada visando a responsabilização dos requeridos pela prática de atos de improbidade administrativa em razão de apontada compra de passagens aéreas por intermédio de agência de viagens contratadas sem o necessário procedimento licitatório.

Para tanto, alega o *Parquet*, em suma, que a CGU - Controladoria-Geral da União, no curso dos trabalhos de auditoria das contas referentes ao ano de 2006 na UNIFESP – UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO teria verificado a ocorrência de suposta fraude no pagamento às empresas S. Vianna Viagens e Turismo Ltda. e AD Agência de Viagens e Turismo Ltda.

Sustentou-se que ULYSSES FAGUNDES NETO, ora apelado, que à época assumia o cargo de reitor da Universidade, bem como MARTHA CYBELE CARNEIRO, funcionária administrativa com atribuição para emissão e lançamento de ordens bancárias, teriam ordenado o pagamento de R\$ 68.405,89 em favor das empresas requeridas em razão da prestação de seus serviços, tendo inserido nas transações bancárias os dados referentes à empresa Itamaracá Viagens e Turismo Ltda., a qual teria sido a vencedora do certame licitatório realizado pela UNIFESP.

Pleiteou-se, assim, a condenação dos envolvidos nas penas descritas no art. 12, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa (prejuízo ao erário) ou, subsidiariamente, naquelas descritas no inciso III do mesmo artigo (violação a princípios da administração pública).

O pedido liminar foi deferido (fls. 161/166), decretando-se a indisponibilidade dos bens pertencentes aos réus, em montante suficiente para que assegurado o cumprimento de eventuais condenações.

A **sentença** (id.126835821, fls. 1.997/2.006), após instrução probatória, julgou improcedentes os pedidos, mantendo a cautelar de indisponibilidade de bens até o trânsito em julgado. Sem honorários advocatícios.

Opostos embargos de declaração por ULYSSES FAGUNDES NETO e por AD AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., foram rejeitados, mantendo-se a indisponibilidade dos bens dos réus até o trânsito em julgado da sentença (id. 126835830).

Em suas razões de **apelação** (id. 126835821 - fls. 2.026/2.062), sustenta o MPF, em resumo, que restou comprovado nos autos o efetivo prejuízo aos cofres da Autarquia Federal, bem como a prática de atos de improbidade administrativa e a conduta dolosa dos réus. Pondera que o Magistrado *a quo* afastou a configuração dos atos de improbidade administrativa mesmo reconhecendo a inadequada dispensa do procedimento licitatório no caso em tela, olvidando-se que ilegalidade dessa espécie acarreta dano *in re ipsa*. Pleiteou, assim, a reforma da sentença, para que julgados procedentes os pedidos iniciais.

Sobrevieram petições de ULYSSES FAGUNDES NETO requerendo a liberação de três imóveis de sua propriedade e de valores bloqueado em sua conta corrente do Banco Santander, oferecendo bem imóvel diverso para garantir eventual condenação em segunda instância (id. 126836465 e id. 126836474), como que não concordou o MPF (126836470).

Foram apresentadas contrarrazões por S. VIANNA VIAGENS E TURISMO LTDA. (id. 126836478), MARTHA CYBELE CARNEIRO (id. 126836480), AD AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA. (id. 126836482) e por ULYSSES FAGUNDES NETO (id. 126836484).

O MM. Juízo *a quo* reconheceu o esgotamento de sua prestação jurisdicional e determinou a remessa dos autos a este E. Tribunal, para análise da apelação (id. 126836485).

Os autos subiram também por força de remessa necessária (art. 19 da Lei 4.717/65)

O Ministério Público Federal com atribuição nesta instância manifestou-se pelo provimento do recurso (id. 12732904).

Mediante petição (id. 127762777) o apelado ULYSSES FAGUNDES NETO postulou a revogação da indisponibilidade de seus bens, em razão da sentença de improcedência da presente ação civil pública por improbidade administrativa ou, sucessivamente, a substituição dos imóveis bloqueados (de matrículas 16.222, 193.554 e 137.599) pelo imóvel de matrícula 87.304 (avaliações nos id. 's 127762780, 127762887 e 127762895).

O MM. Relator que me antecedeu indeferiu o requerimento supracitado (id. 127953233).

S. VIANNA VIAGENS E TURISMO LTDA. apresentou **agravo interno** contra a referida decisão, insistindo na imediata liberação dos bens tornados indisponíveis nestes autos (id. 131900215).

Os recorridos AD AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA. e ULYSSES FAGUNDES NETO apresentaram manifestação, concordando com os termos do agravo interno (id. 138225512 e id. 145360404).

O MPF e a UNIFESP apresentaram resposta ao agravo interno, requerendo a manutenção da decisão agravada (id. 139526852 e id. 139936750).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012995-44.2009.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

APELADO: ULYSSES FAGUNDES NETO, MARTA CYBELE CARNEIRO, S. VIANNA VIAGENS E TURISMO LTDA - ME, AD AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: KAMILE MEDEIROS DO VALLE - SP377858, LUCAS CHEREM DE CAMARGO RODRIGUES - SP182496-A, ANE ELISA PEREZ - SP138128-A

Advogado do(a) APELADO: JOSE LEITE GUIMARAES JUNIOR - SP171532-A

Advogados do(a) APELADO: RITA DE CASSIA SPALLA FURQUIM - SP85441-A, MANOEL BENTO DE SOUZA - SP98702-A

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO NUDELMAN FRANKEN - SP295186-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA IMPROCEDENTE. FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DE PROCESSO LICITATÓRIO NO ÂMBITO DA UNIFESP. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDAS.

1. Trata-se de apelação do Ministério Público Federal contra sentença pela qual julgados improcedentes os pedidos condenatórios por improbidade administrativa formulados nesta ação civil pública, mantendo-se a cautelar de indisponibilidade de bens até o trânsito em julgado.
2. O MPF, amparado em relatório da CGU – Controladoria Geral da União, objetiva a responsabilização dos apelados pela prática de atos de improbidade administrativa, consistentes em danos ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92) em razão de apontada compra de passagens aéreas por intermédio de agências de viagens contratadas sem procedimento licitatório, no âmbito da UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo.
3. Especificamente, alega-se que U. F. N., reitor da instituição, bem como M. C. C., funcionária administrativa com atribuição para emissão e lançamento de ordens bancárias, teriam ordenado o pagamento de R\$ 68.405,89 em favor das empresas recorridas em razão da prestação de seus serviços, tendo inserido nas transações bancárias os dados referentes à empresa Itamaracá Viagens e Turismo Ltda., a qual teria sido a vencedora do certame licitatório realizado pela UNIFESP.
4. Segundo consagrada jurisprudência, para que autorizada condenação por atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, é necessária constatação de dolo em relação às condutas de enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação a princípios da administração pública (11) e, ao menos culpa, nos comportamentos que acarretem prejuízos ao erário (art. 10).
5. Outrossim, condenações da espécie exigem prova cabal de má-fé, prejuízo aos cofres públicos, enriquecimento ilícito ou violação a preceitos da administração pública, eis que o escopo essencial da Lei de Improbidade Administrativa é a responsabilização do agente público (e do particular envolvido) desonesto, corrupto, e não o sancionamento de toda e qualquer conduta funcional que se apresente irregular ou reprovável. Jurisprudência do E. STJ e deste C. Tribunal.
6. Neste caso, e conforme bem explicado na sentença, os recorridos jamais negaram propriamente os fatos descritos na exordial.
7. O que se justificou, contudo, é que embora a empresa Itamaracá Viagens e Turismo Ltda tenha vencido a licitação e se tornado a responsável pela emissão de passagens aéreas no âmbito da UNIFESP, ela não prestava um serviço adequado e eficiente, o que muitas vezes ameaçava a logística e o bom funcionamento da Universidade, no que diz respeito ao deslocamento de funcionários e convidados para participação em aulas, seminários, conferências e palestras.
8. Daí que U. F. N., alegando necessidade premente, passou, em algumas ocasiões, a diretamente contratar os serviços das empresas recorridas para a emissão de passagens aéreas.
9. É certo que, em princípio, não poderia tê-lo feito dessa forma, uma vez que a Lei 8.666/93 prevê instrumentos próprios para que os contratados pela administração direta ou indireta executem fielmente os serviços para os quais ficaram vinculados, inclusive com possibilidade de aplicação de penas pecuniárias e rescisão contratual.
10. Ocorre que, no presente caso, há dúvida razoável sobre se as ações dos apelados foram movidas por deliberada intenção de burla ao procedimento licitatório.
11. Isso porque, em primeiro lugar, o MPF sustenta a tese de prejuízo ao erário in re ipsa, ou seja, ocorrida pelo simples fato de descumprimento dos termos da licitação, sem apontar um efetivo dano aos cofres públicos. E com efeito, consoante a prova documental produzida, a não ser por uma variação írrita, as passagens adquiridas diretamente das empresas recorridas não destoaram da média do mercado, o que, aliás, foi admitido pelo Parquet Federal em seu parecer (id. 127329044, pg. 03).
12. É de se ter presente, também, que U. F. N. e M. C. C. foram submetidos a processo administrativo disciplinar pelos mesmos fatos ora analisados (PAD 23.089.000206/2010-92), cujo desfecho impôs absolvição a ambos, consoante decisão da reitoria da UNIFESP que, em 27/05/2010, acolheu relatório final da comissão julgadora.
13. Com efeito, após devida instrução, concluiu a comissão julgadora do referido PAD que a empresa licitada, à época dos acontecimentos, não atendia as necessidades prementes da Universidade, e que U. F. N. não foi devidamente orientado, da forma correta, para aquisição das passagens aéreas, não podendo, dessa forma, a ele ser imputada qualquer responsabilidade.
14. Em relação a M. C. C., ficou consignado no relatório final do PAD que ela jamais exerceu a função de ordenadora de despesas da UNIFESP e que, portanto, nem sequer poderia ter interferido, de forma relevante, na aquisição das passagens aéreas impugnadas.
15. Dessa forma, e ainda que possa haver dívidas quanto à plena regularidade das ações praticadas pelos corréus, não há como se atestar a presença de dolo e/ou culpa grave, elementares à configuração dos atos de improbidade administrativa apontados pelo MPF.
16. Ficam cassadas as cautelares de indisponibilidade de bens decretadas nestes autos.
17. Nega-se provimento à remessa necessária e à apelação do Ministério Público Federal. Prejudicado o agravo interno".

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Presentes os pressupostos de admissibilidade necessários, conhece-se da remessa necessária e do recurso de apelação.

Não há preliminares ou prejudiciais de mérito.

Quanto à matéria de fundo, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, amparado em relatório da CGU – Controladoria Geral da União, objetiva a responsabilização dos apelados pela prática de atos de improbidade administrativa, consistentes em danos ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92) em razão de apontada compra de passagens aéreas por intermédio de agências de viagens contratadas sem procedimento licitatório, no âmbito da UNIFESP – UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO.

Especificamente, alega-se que ULYSSES FAGUNDES NETO, reitor da instituição, bem como MARTHA CYBELE CARNEIRO, funcionária administrativa com atribuição para emissão e lançamento de ordens bancárias, teriam ordenado o pagamento de R\$ 68.405,89 em favor das empresas recorridas em razão da prestação de seus serviços, tendo inserido nas transações bancárias os dados referentes à empresa Itamaracá Viagens e Turismo Ltda., a qual teria sido a vencedora do certame licitatório realizado pela UNIFESP.

Pois bem. Segundo consagrada jurisprudência, para que autorizada condenação por atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, é necessária constatação de dolo em relação às condutas de enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação a princípios da administração pública (11) e, ao menos culpa, nos comportamentos que acarretem prejuízos ao erário (art. 10). Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1290293/MG, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, DJe: 15/09/2020; AgInt no AREsp 1585674/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJe: 10/06/2020; AgInt no AREsp 818.503/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, DJe: 17/10/2019.

Outrossim, condenações da espécie exigem prova cabal de má-fé, prejuízo aos cofres públicos, enriquecimento ilícito ou violação a preceitos da administração pública, eis que o escopo essencial da Lei de Improbidade Administrativa é a responsabilização do agente público (e do particular envolvido) desonesto, corrupto, e não o sancionamento de toda e qualquer conduta funcional que se apresente irregular ou reprovável.

Nesse sentido, há jurisprudência:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA FÁTICA. DETALHAMENTO DA CONDUTA PELO ARESTO RECORRIDO. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. REMOÇÃO. RECEBIMENTO DE AJUDA DE CUSTO. PROPORÇÃO INDEVIDA. DEPENDENTES DO SERVIDOR QUE NÃO ALTERARAM O DOMICÍLIO. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA NÃO DEMONSTRADO. EVENTUAL ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. MERA IRREGULARIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não havendo controvérsia sobre os elementos fáticos que foram detalhadamente descritos pela instância de origem, é possível que esta Corte Superior realize a subsunção desses fatos à norma de regência, afastando-se o óbice da Súmula 7/STJ. 2. De acordo com a jurisprudência do STJ, não é possível confundir ilegalidade com improbidade. Esta última é a ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, configurado pelo dolo para os tipos dispostos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa nas hipóteses do art. 10 da mesma lei. Isso porque a finalidade da Lei de Improbidade Administrativa é punir o desonesto, o corrupto, ou seja, aquele que descumpriu com os deveres de lealdade e boa-fé. 3. No caso, não houve qualquer declaração falsa do agente público para obter o recebimento de uma verba indevida. Efetivamente, ocorreu a remoção de ofício do servidor, sendo devida a ajuda de custo. A discussão, contudo, limitou-se ao valor da verba indenizatória, pois os dependentes do servidor público, ao fim e ao cabo, não fixaram residência no local em que foi removido, razão pela qual deveria ter havido a devolução da proporção equivalente a 2/3 (dois terços) da indenização concedida. Contudo, não houve sequer a notificação administrativa do servidor para a devolução da quantia indevidamente percebida. Da mesma forma, não há notícia de que o recorrente tenha se insurgido contra a devolução da mencionada verba. Ao contrário, a situação fática narrada demonstra que o servidor renunciou o pagamento de verbas indenizatórias a que tinha direito, justamente para compensar eventual prejuízo ao erário. 4. Eventual atraso na obrigação de informar que não houve o deslocamento definitivo dos dois dependentes do agente público, a ensejar o pagamento da proporção devida a título de ajuda de custo, não caracteriza, por si só, ato de improbidade administrativa, cumprindo ao acusador comprovar que o servidor teve o intuito de se apropriar da referida verba paga a maior, ou ainda que apresentou comportamento incompatível com a obrigação legal de realizar o devido acerto de contas, o que não ocorreu no caso concreto. 5. Agravo interno a que se nega provimento”.

(AgInt no REsp 1323239/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/04/2020, DJe 05/05/2020)

“APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MARÍLIA/SP. SERVIDOR PÚBLICO. MANUTENÇÕES DE VEÍCULOS DA FROTA DO SAMU. PAGAMENTOS EM DUPLICIDADE. CULPA GRAVE. DÚVIDA RAZOÁVEL. INDÍCIOS DE MERAS IRREGULARIDADES. BAIXO VALOR. ERÁRIO RESSARCIDO EXTRAJUDICIALMENTE. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE AFASTADA. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDAS. [...] 10. Mister salientar, assim como feito na sentença, que segundo consolidada jurisprudência do C.STJ e desta E. Corte Regional, a Lei de improbidade Administrativa visa punir não meras irregularidades ou o agente inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade, razão pela qual exigível a presença de dolo nas condutas previstas no art. 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou, ao menos, de culpa grave, nas descritas no art. 10 dessa Lei. [...] 16. É dizer: conquanto a função pública desempenhada pelo réu pudesse, efetivamente, ter evitado, ou apresentado justificativa plausível, sobre os reparos tidos como desnecessários na frota do SAMU, há dúvida razoável sobre se tal omissão decorreu de culpa grave ou por desorganização no desempenho do cargo. Tal cenário é suficiente para que afastada a condenação por improbidade administrativa, devendo a responsabilização sobre os fatos ficar adstrita à restituição ao erário, a qual, como salientado, já ocorreu na esfera extrajudicial, integralmente. 17. Dá-se provimento ao apelo defensivo. Desprovidos o apelo ministerial, que visava agravar as sanções, e a remessa necessária”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2170902 - 0000384-50.2014.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 23/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2019)

Neste caso, e conforme bem explicado na sentença, os recorridos jamais negaram propriamente os fatos descritos na exordial.

O que se justificou, contudo, é que embora a empresa Itamaracá Viagens e Turismo Ltda tenha vencido a licitação e se tomado a responsável pela emissão de passagens aéreas no âmbito da UNIFESP, ela não prestava um serviço correto e eficiente, o que muitas vezes ameaçava a logística e o bom funcionamento da Universidade, no que diz respeito ao deslocamento de funcionários e convidados para participação em aulas, seminários, conferências e palestras.

Dai que ULYSSES FAGUNDES NETO, alegando necessidade premente, passou, em algumas ocasiões, a diretamente contratar os serviços das empresas recorridas para a emissão de passagens aéreas. É certo que não poderia tê-lo feito dessa forma, uma vez que a Lei 8.666/9 prevê instrumentos próprios para que os contratados pela administração direta ou indireta executem fielmente os serviços avançados, inclusive com possibilidade de aplicação de penas pecuniárias e rescisão contratual.

Ocorre que, no presente caso, há dúvida razoável sobre se as ações dos apelados foram, ou não, movidas por deliberada intenção de burla ao procedimento licitatório.

Isso porque, em primeiro lugar, o MPF sustenta a tese de prejuízo ao erário *in re ipsa*, ou seja, ocorrida pelo simples fato de descumprimento dos termos da licitação, sem apontar um efetivo dano aos cofres públicos. E com efeito, consoante a prova documental produzida, a não ser por uma variação írrita, as passagens adquiridas diretamente das empresas recorridas não destoaram da média do mercado, o que, aliás, foi admitido pelo *Parquet* Federal em seu parecer (id. 127329044, pg. 03).

É de se ter presente, também, que ULYSSES FAGUNDES NETO e MARTHA CYBELE CARNEIRO foram submetidos a processo administrativo disciplinar pelos mesmos fatos ora analisados (PAD 23.089.000206/2010-92), cujo desfecho impôs absolvição a ambos, consoante decisão da reitoria da UNIFESP que, em 27/05/2010, acolheu relatório final da comissão julgadora. Confira-se, nos trechos que interessam à causa (id. 126836158, pgs. 15/16, *verbis*):

“[...]”

– DOS FATOS APURADOS

Da análise dos depoimentos colhidos e de tudo que consta nos autos do processo administrativo a comissão, por maioria de votos, considera que:

1) *Os pagamentos efetuados à empresa S. Vianna, sem o devido processo licitatório, decorreu da falta de informação por parte do ex-Reitor quanto ao fato de que não poderia adquirir passagens de empresa que não participaram {sic} de processo licitatório. Cumpre destacar que a empresa licitada, à época dos fatos, não atendia às demandas prementes da Instituição, conforme apurado nos depoimentos. Destacamos ainda que as solicitações de pagamento do ex-Reitor nunca foram rejeitadas pela Administração.*

2) *A servidora Marta Cybele Carneiro nunca foi ordenadora de despesas como mencionado pelo Ministério Público Federal na ação ajuizada. Revela destacar que o simples fato de ter executado o lançamento no sistema da ordem bancária não a torna ordenadora de despesas. Depreende-se que o pagamento de despesa, por meio de Ordem bancária, é ato autorizado pelo Ordenador de Despesa e pelo responsável pelo setor financeiro da Unidade Gestora, figuras essas em que a servidora Marta não se enquadra.*

6 – CONCLUSÃO

Ante o exposto e nos termos do § 1º, do artigo 165 da Lei nº 8.112/90, esta Comissão, por maioria de votos, sugere a Vossa senhoria o ARQUIVAMENTO do presente processo nº 23089.000206/2010-92 por estar provado quanto ao acusado, Prof. Dr. Ulysses Fagundes Neto, que não foi devidamente orientado da forma correta para aquisição de passagens aéreas, não podendo dessa forma, a ele ser imputada qualquer responsabilidade.

No caso a acusada, servidora Marta Cybele Carneiro, arrolada como ordenadora de despesa pelo Ministério Público Federal, cumpre estabelecer o que dispõe o artigo 80 do Decreto-Lei nº 200/67 in verbis:

“Art. 80 (...)”

§ 1º - *O ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responde”.*

À vista disso, poderá ainda o ordenador de despesa primário, dentro de seu poder discricionário, designar um servidor por meio de ato de ato {sic} administrativo (Portaria), delegando-lhe poder para realizar ordenação de despesa, tornando-o assim, revestido de autoridade para realizar despesas orçamentárias. Como se vê, a servidora Marta em nenhum momento recebeu essa delegação, não podendo desta forma, ser apenada pela Administração.

7 – RECOMENDAÇÃO

Esta Comissão de Processo Administrativo Disciplinar se concede o direito de sugerir que a administração se retrate quanto ao fato de ter indicado indevidamente a servidora Marta Cybele Carneiro como responsável pelo pagamento efetuado à empresa AD Viagens.

Este o relatório.

[...]”

Com efeito, após devida instrução, concluiu a comissão julgadora do referido PAD que a empresa licitada, à época dos acontecimentos, não atendia as necessidades prementes da Universidade, e que ULYSSES FAGUNDES NETO não foi devidamente orientado, da forma correta, para aquisição das passagens aéreas, não podendo, dessa forma, a ele ser imputada qualquer responsabilidade.

Em relação a MARTHA CYBELE CARNEIRO, ficou consignado no relatório final do PAD que ela jamais exerceu a função de ordenadora de despesas da UNIFESP e que, portanto, nem sequer poderia ter interferido, de forma relevante, na aquisição das passagens aéreas.

Dessa forma, e ainda que possa haver dúvidas quanto à plena regularidade das ações praticadas pelos corréus, não há como se atestar a presença de dolo e/ou culpa grave, elementares à configuração dos atos de improbidade administrativa apontados pelo MPF.

Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença, também pelos respectivos e apropriados fundamentos.

Em consequência, ficam cassadas as cautelares de indisponibilidade de bens decretadas nestes autos, cujos levantamentos serão requeridos pelos interessados em cumprimento de sentença ao MM. Juízo *a quo*, haja vista que, em regra, os recursos que porventura sobrevenham a este acórdão não são dotados de efeito suspensivo.

Ante o exposto, **nega-se provimento** à remessa necessária e à apelação do Ministério Público Federal. **Prejudicado** o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA IMPROCEDENTE. FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DE PROCESSO LICITATÓRIO NO ÂMBITO DA UNIFESP. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDAS.

1. Trata-se de apelação do Ministério Público Federal contra sentença pela qual julgados improcedentes os pedidos condenatórios por improbidade administrativa formulados nesta ação civil pública, mantendo-se a cautelar de indisponibilidade de bens até o trânsito em julgado.
2. O MPF, amparado em relatório da CGU – Controladoria Geral da União, objetiva a responsabilização dos apelados pela prática de atos de improbidade administrativa, consistentes em danos ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92) em razão de apontada compra de passagens aéreas por intermédio de agências de viagens contratadas sem procedimento licitatório, no âmbito da UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo.
3. Especificamente, alega-se que U. F. N., reitor da instituição, bem como M. C. C., funcionária administrativa com atribuição para emissão e lançamento de ordens bancárias, teriam ordenado o pagamento de R\$ 68.405,89 em favor das empresas recorridas em razão da prestação de seus serviços, tendo inserido nas transações bancárias os dados referentes à empresa Itamaracá Viagens e Turismo Ltda., a qual teria sido a vencedora do certame licitatório realizado pela UNIFESP.
4. Segundo consagrada jurisprudência, para que autorizada condenação por atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, é necessária constatação de dolo em relação às condutas de enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação a princípios da administração pública (11) e, ao menos culpa, nos comportamentos que acarretem prejuízos ao erário (art. 10).
5. Outrossim, condenações da espécie exigem prova cabal de má-fé, prejuízo aos cofres públicos, enriquecimento ilícito ou violação a preceitos da administração pública, eis que o escopo essencial da Lei de Improbidade Administrativa é a responsabilização do agente público (e do particular envolvido) desonesto, corrupto, e não o sancionamento de toda e qualquer conduta funcional que se apresente irregular ou reprovável. Jurisprudência do E. STJ e deste C. Tribunal.
6. Neste caso, e conforme bem explicado na sentença, os recorridos jamais negaram propriamente os fatos descritos na exordial.
7. O que se justificou, contudo, é que embora a empresa Itamaracá Viagens e Turismo Ltda tenha vencido a licitação e se tornado a responsável pela emissão de passagens aéreas no âmbito da UNIFESP, ela não prestava um serviço adequado e eficiente, o que muitas vezes ameaçava a logística e o bom funcionamento da Universidade, no que diz respeito ao deslocamento de funcionários e convidados para participação em aulas, seminários, conferências e palestras.
8. Daí que U. F. N., alegando necessidade premente, passou, em algumas ocasiões, a diretamente contratar os serviços das empresas recorridas para a emissão de passagens aéreas.
9. É certo que, em princípio, não poderia tê-lo feito dessa forma, uma vez que a Lei 8.666/93 prevê instrumentos próprios para que os contratados pela administração direta ou indireta executem fielmente os serviços para os quais ficaram vinculados, inclusive com possibilidade de aplicação de penas pecuniárias e rescisão contratual.
10. Ocorre que, no presente caso, há dúvida razoável sobre se as ações dos apelados foram movidas por deliberada intenção de burla ao procedimento licitatório.
11. Isso porque, em primeiro lugar, o MPF sustenta a tese de prejuízo ao erário in re ipsa, ou seja, ocorrida pelo simples fato de descumprimento dos termos da licitação, sem apontar um efetivo dano aos cofres públicos. E com efeito, consoante a prova documental produzida, a não ser por uma variação írrita, as passagens adquiridas diretamente das empresas recorridas não destoaram da média do mercado, o que, aliás, foi admitido pelo Parquet Federal em seu parecer (id. 127329044, pg. 03).
12. É de se ter presente, também, que U. F. N. e M. C. C. foram submetidos a processo administrativo disciplinar pelos mesmos fatos ora analisados (PAD 23.089.000206/2010-92), cujo desfecho impôs absolvição a ambos, consoante decisão da reitoria da UNIFESP que, em 27/05/2010, acolheu relatório final da comissão julgadora.

13. Com efeito, após devida instrução, concluiu a comissão julgadora do referido PAD que a empresa licitada, à época dos acontecimentos, não atendia as necessidades prementes da Universidade, e que U. F. N. não foi devidamente orientado, da forma correta, para aquisição das passagens aéreas, não podendo, dessa forma, a ele ser imputada qualquer responsabilidade.

14. Em relação a M. C. C., ficou consignado no relatório final do PAD que ela jamais exerceu a função de ordenadora de despesas da UNIFESP e que, portanto, nem sequer poderia ter interferido, de forma relevante, na aquisição das passagens aéreas impugnadas.

15. Dessa forma, e ainda que possa haver dívidas quanto à plena regularidade das ações praticadas pelos corréus, não há como se atestar a presença de dolo e/ou culpa grave, elementares à configuração dos atos de improbidade administrativa apontados pelo MPF.

16. Ficam cassadas as cautelares de indisponibilidade de bens decretadas nestes autos.

17. Nega-se provimento à remessa necessária e à apelação do Ministério Público Federal. Prejudicado o agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária e à apelação do Ministério Público Federal. Prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0066095-66.2000.4.03.9999

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: TECNOFLUOR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MOACIL GARCIA - SP100335-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0066095-66.2000.4.03.9999

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: TECNOFLUOR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MOACIL GARCIA - SP100335-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos à execução fiscal** opostos por TECNOFLUOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA em 1º/09/1998 em face de execução fiscal ajuizada pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) visando a cobrança de dívida ativa (PA 13898.000020/95-09, CDA 80.2.98.012596-20, IRPJ - vencimento entre 31/05/93 a 31/10/94).

Na inicial a embargante alega a inexigibilidade da dívida, face ao pagamento de parte do valor executado. Afirma que tendo em vista a impossibilidade de efetuar o aludido recolhimento do IRPJ no período de apuração de 06/93 a 10/94, a embargante requereu o parcelamento do débito, o qual foi deferido em 60 parcelas. Alega que a PFN acusou o pagamento de 2 parcelas, retificando os valores da dívida inscrita e, no entanto, a executada efetuou o recolhimento de 5 parcelas.

Sustenta não ser devida a multa de 20% por se tratar de denúncia espontânea.

Afirma que a CDA deve ser declarada nula por não atender aos requisitos legais bem como pelo erro material cometido pelo contribuinte na declaração de imposto de renda pessoa jurídica do ano base 1993.

Narra que a embargante, no ano base 1993, efetuou o recolhimento do imposto de renda nos termos da Lei nº 8.541/92, mediante apuração mensal de resultados.

Explica que o artigo 5º, da Lei 8.541/92 determinava que a pessoa jurídica que optasse pela apuração anual dos resultados em 31/12/93, teria que recolher, em cada mês do ano, o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro, com base em valor estimado, todavia, a pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto estimado poderá mudar de opção e passar a recolher o imposto com base no lucro real efetivamente apurado em cada mês, desde que fosse observada a legislação que rege a apuração mensal dos resultados. Neste caso, o imposto recolhido por estimativa será comparado com o imposto calculado sobre o lucro real do respectivo mês. Se o valor recolhido por estimativa for maior, o excesso será compensado nos meses subsequentes. Se o imposto estimado for menor, a diferença será recolhida com a atualização monetária, ou seja, sem acréscimos legais.

Narra que executada optou pela apuração do Imposto de Renda anual, apurando-se os valores de IRPJ e CSSL com base em valores estimados conforme comprova a Declaração de Imposto de Renda do ano-base 1993 e, todavia, cometeu erro ao optar pela apuração anual, vez que, pelo lucro real efetivamente apurado em cada mês, apurar-se-iam valores menores aos apurados pela base estimada.

Conclui que a executada apresentou prejuízo fiscal no ano-base 1991, no valor de Cr\$81.874.503,86, prejuízo este que foi compensado nos anos -base 1992 e 1993, já que a Lei nº 8.541/92 impunha restrições somente para os prejuízos fiscais apurados a partir de 1º de janeiro de 1993, autorizando-se a compensação dos mesmos em até 4 (quatro) exercícios subsequentes ao ano de apuração.

Efetuada-se a compensação dos prejuízos acumulados com o lucro líquido do exercício, no ano-base 1993, a executada apurou prejuízo fiscal, não havendo, desta forma, imposto de renda pessoa jurídica a pagar no exercício em questão, conforme demonstra o anexo A (verso) da declaração do imposto de renda exercício 1994 (ano base 1993), o que torna írrita a presente execução fiscal.

Alega que o mero preenchimento da declaração, anotando-se o pagamento por estimativa anual, não pode, de per si, ter o condão de criar uma exigência fiscal a título de imposto de renda, por ser mera obrigação acessória sempre atrelada à existência da obrigação principal.

Conclui que houve lucro no exercício, mas totalmente absorvido pelo prejuízo nos exercícios anteriores, cuja legislação à época permitia o aproveitamento, não existindo qualquer valor a ser pago, e não pode a empresa contribuinte ser penalizada por mero erro de preenchimento de uma obrigação acessória.

Ainda, requer seja abatido do valor total do débito R\$ 6.559,50 que foram recolhidos conforme comprovantes DARFs.

Por fim insurge-se quanto a cobrança da multa.

Valor atribuído à causa: R\$ 110.747,86 (fl. 12). Com a inicial a embargante trouxe documentos aos autos fls. 13/29 - DARFs, Declaração de IRPJ 1993/1994).

Em sua impugnação a União defende a presunção legal de certeza e liquidez da CDA, a legalidade da cobrança da multa e, por fim, requereu a suspensão do feito por 120 dias (fls. 31/35).

Em 07/12/1998 o MM. Juiz de Direito suspendeu o feito por 120 dias e determinou que, decorrido o prazo sem manifestação, o feito deveria ser concluso para sentença (fl. 36).

Em 28/05/1999 sobreveio a r. sentença de **parcial procedência dos embargos** para determinar que seja feito o abatimento das importâncias indicadas a fls. 17/19 destes autos, devidamente atualizados, bem como da verba honorária incluída, em face da sucumbência comum e proporcional das partes. Sem condenação ao pagamento de honorários em face da sucumbência comum.

Assim procedeu o MM. Juiz de Direito (i) por verificar ter ocorrido o pagamento parcial da dívida, (ii) por entender que o alegado erro material no preenchimento da declaração do IRPJ de 1993 não merece se elevado à condição de nulidade do tributo, por se tratar de uma opção do contribuinte e no caso, este não só fez tal opção, como ainda comportou-se no sentido de recolher anualmente o tributo (fls. 20/28), (iii) por entender que a compensação pleiteada pela embargante não pode ser reconhecida nesta sede, pois necessária se fazia a análise contábil dos prejuízos dela em confronto com os tributos recolhidos, a deixar de pedir isto na inicial, a tomar necessário o uso de ação declaratória e, (iv) por entender se devida a multa, já que a embargante nem mesmo trouxe aos autos o acordo de parcelamento assinado (fls. 38/39).

Inconformada, **apelou a embargante**. Requer a reforma da r. sentença (fls. 41/52).

Repisa os argumentos expendidos na inicial dos embargos e insiste (i) na existência de vícios na CDA, (ii) em que o lucro do exercício de 1993 foi abatido pelo prejuízo acumulado dos exercícios anteriores e não pode a empresa ser penalizada por mero erro de preenchimento de uma obrigação acessória (alega que o erro de preenchimento existiu no quadro 10 do formulário 1 onde se anotou "anual" quando o correto seria "mensal"), sendo que a juntada da declaração de IRPJ demonstra a ocorrência de prejuízo fiscal no ano-base de 1993, dispensando a perícia contábil para demonstração dos prejuízos e, por fim (iii) em que a multa é indevida pela caracterização de denúncia espontânea e, ainda, que a multa é confiscatória.

Sem contrarrazões os autos subiram a este Tribunal e foram distribuídos em 19/10/2000 à Desembargadora Federal Salette Nascimento (fl. 54).

Em 10/12/2010 sobreveio o acórdão da "Turma D – Judiciário em dia" (fl. 82):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADES E EXCESSO DE EXECUÇÃO. ERRO NO PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO DE IRPJ AFASTADO. VEDAÇÃO À COMPENSAÇÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA FIXADA NOS TERMOS DA LEI 9.298/96.

1. Não há necessidade de substituição da CDA uma vez que a execução fiscal deve prosseguir pelo valor o saldo remanescente, uma vez que por cálculo aritmético se apura tal valor.
2. Por sua vez, o alegado erro material no preenchimento da declaração de IRPJ do ano de 1993, não merece prosperar, uma vez que não tem o condão de anular o título executivo, pois se trata de opção feita pelo próprio contribuinte que ainda efetuou o recolhimento anual do tributo (fls. 20/28).
3. No tocante ao pedido de compensação, insta ressaltar que os embargos à execução não constituem meio processual idôneo para a declaração ou apuração de crédito em favor do contribuinte para os efeitos da compensação, haja vista vedação expressa contida no artigo 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80.
4. Impossibilidade da redução de multa fixada nos termos da Lei 9.298/96.

5. Remessa oficial e apelação improvidas.

Em face do v. acórdão a embargante opôs **embargos de declaração** em que aponta omissão: os argumentos esposados pela Apelante, ora Embargante, no que diz respeito à inexistência de IRPJ a ser recolhido, diante dos prejuízos fiscais acumulados, não foi objeto de análise. Alega que em momento alguma embargante suscitou a compensação de valores, havendo equívoco no julgamento. Requer sejam sanadas as omissões (fls. 85/87).

Em 24/11/2011 sobreveio o acórdão da “Turma C – Judiciário em dia” (fl. 94):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO: INOCORRÊNCIA. ARÁTER INFRINGENTE: DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. REJEIÇÃO.

1. Os embargos de declaração não são cabíveis para reexame do mérito da decisão da Turma. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade.
2. Hipótese em que os embargos declaratórios são opostos com nítido e indevido caráter infringente, objetivando, perante a Turma, o re julgamento da causa, porém em detrimento da competência das instâncias superiores para a revisão do acórdão proferido.
3. Os requisitos previstos no artigo 535 do Código de Processo Civil devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
4. Embargos rejeitados.

Em face do v. acórdão a embargante opôs novos **embargos de declaração** em que apontou as mesmas omissões. Requer sejam sanadas as omissões (fls. 97/99).

Em 20/09/2012 sobreveio o acórdão desta E. Sexta Turma (fl. 94):

PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS EM PARTE.

- Embargos parcialmente providos para sanar a omissão apontada, sem, no entanto, alterar o resultado do acórdão de fls. 79/82.
- Tanto o STJ como o STF aquiescem ao afirmar não ser necessária a menção a dispositivos legais ou constitucionais para que se considere prequestionada uma matéria, bastando que o Tribunal expressamente se pronuncie sobre ela (Resp 286.040, DJ O 30/06/2003; RE 301.830, DJ 14/12/2001).
- Precedentes jurisprudenciais deste Tribunal.
- Embargos acolhidos em parte.

A parte embargante interpôs **recurso especial** (fls. 107/125) contra o acórdão da Turma; ao recurso foi negado seguimento e não admitido (fls. 134/136) e, em face dessa decisão, a parte embargante interpôs **agravo** (fls. 138/142).

Resposta da União (fls. 144/146).

Em 13/03/2019 o Ministro Herman Benjamin deu parcial provimento ao Recurso Especial e determinou a devolução dos autos para que sejam novamente julgados os aclaratórios. Assim constou da decisão (fls. 156/157- grifei):

“Os autos foram recebidos neste gabinete em 26 de novembro de 2018.

Merece acolhida a prejudicial de omissão no acórdão hostilizado.

O Tribunal de origem negou provimento à Apelação da empresa, consignando que a realização de pagamentos parciais, efetuados após a inscrição em dívida ativa, não é causa de nulidade, prosseguindo-se a Execução Fiscal mediante simples operação aritmética de abatimento dos valores quitados. Acrescentou ser indevida a compensação, diante da norma inserida no art. 16, § 3º, da LEF. Por fim, afastou a redução da multa e não conheceu do tema concernente à denúncia espontânea, com fundamento na impossibilidade de inoção recursal.

A recorrente opôs Embargos de Declaração para apontar omissão relativamente ao mérito da questão discutida: afirmou que o mero erro no preenchimento da opção pelo regime de tributação de Imposto de Renda não conduziria à conclusão de que há tributo pendente de quitação, pois o art. 12 da Lei 8.541/1992 expressamente permitia a utilização dos prejuízos fiscais para compensação com o lucro real.

Note-se que não se trata de discutir suposto crédito novo da recorrente, a ser apurado nos Embargos à Execução Fiscal, para os fins de compensação (para o qual incide a vedação prevista no art. 16 da LEF), mas sim alegada inexistência de lucro tributável, porque este teria sido hipoteticamente absorvido pelos prejuízos fiscais antecedentes.

A ausência de valoração a respeito desse tema configura omissão e torna prejudicado o exame do apelo nobre em relação aos demais dispositivos legais. **Cabe à Corte regional, portanto, se pronunciar a respeito da mencionada existência de prejuízos fiscais e, à luz do art. 12 da Lei 8.541/1992, da eventual inexistência de saldo devedor da exação.**

Diante do exposto, dou parcial provimento ao Recurso Especial e determino a devolução dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região para que sejam novamente julgados os aclaratórios, nos termos acima.”

Determinei a intimação da União Federal (Fazenda Nacional) para se manifestar acerca da determinação de re julgamento dos embargos de declaração (ID 139705336).

Resposta da União (ID 140885754).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0066095-66.2000.4.03.9999

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

APELANTE: TECNOFLUOR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MOACIL GARCIA - SP100335-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

A teor do que dispunha o artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil de 1973, cabem embargos de declaração apenas quando há no acórdão obscuridade, contradição ou omissão relativa a ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o Tribunal.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que no acórdão recorrido houve omissão.

Passo a suprir as omissões.

A embargante alega inexistência de lucro tributável, à luz do art. 12 da Lei 8.541/1992, porque este teria sido absorvido pelos prejuízos fiscais antecedentes (ano-base 1991).

Ocorre que não foi demonstrado nos autos que houve prejuízo fiscal nos anos anteriores ou mesmo que mencionado prejuízo fiscal existente no ano-base de 1991 não tenha sido completamente absorvido no ano-base de 1992.

Apenas a Declaração de Rendimentos do IRPJ do ano-calendário de 1993 foi trazida aos autos na tentativa de comprovar o alegado “erro no preenchimento” e consequente inexistência de lucro tributável, o que não é nem de longe o suficiente para comprovar as alegações da embargante.

Seria necessária perícia contábil, que não foi realizada por inépcia da embargante, que não pleiteou a tempo e modo adequados.

Não bastasse, consta da CDA que o débito foi constituído a partir de “TERMO DE CONFISSÃO ESPONTANEA”, e nem mesmo esse pedido de parcelamento, que é **ato inequívoco de reconhecimento da dívida**, a embargante trouxe aos autos.

Ante o exposto, **dou provimento aos embargos de declaração, para sanar as omissões apontadas**, sem efeitos infringentes.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO RECONHECIDA PELO E. STJ NO JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO ANTERIOR CASSADO. COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO PROVIDO, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73 (art. 1.022 do NCPC).

2. O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgado do Recurso Especial interposto, entendeu que o acórdão foi omisso e deve o Tribunal se pronunciar a respeito da mencionada existência de prejuízos fiscais e, à luz do art. 12 da Lei 8.541/1992, da eventual inexistência de saldo devedor da exação.

3. A embargante alega inexistência de lucro tributável, à luz do art. 12 da Lei 8.541/1992, porque este teria sido absorvido pelos prejuízos fiscais antecedentes (ano-base 1991); ocorre que não foi demonstrado nos autos que houve prejuízo fiscal nos anos anteriores ou mesmo que mencionado prejuízo fiscal existente no ano-base de 1991 não tenha sido completamente absorvido no ano-base de 1992.

4. Apenas a Declaração de Rendimentos do IRPJ do ano-calendário de 1993 foi trazido aos autos na tentativa de comprovar o alegado “erro no preenchimento” e consequente inexistência de lucro tributável, o que não é nem de longe o suficiente para comprovar as alegações da embargante.

5. Seria necessária perícia contábil, que não foi realizada por inépcia da embargante, que não pleiteou a tempo e modo adequados.

6. Não bastasse, consta da CDA que o débito foi constituído a partir de “TERMO DE CONFISSÃO ESPONTANEA”, e nem mesmo esse pedido de parcelamento, que é ato inequívoco de reconhecimento da dívida, a embargante trouxe aos autos.

7. Embargos de declaração providos, sem efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento aos embargos de declaração, para sanar as omissões apontadas, sem efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0004072-92.2010.4.03.6100

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

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

c

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0004072-92.2010.4.03.6100

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

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos por NESTLÉ BRASIL LTDA. em face de acórdão prolatado por esta C. Turma, que restou assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINARES REJEITADAS. IPI. CRÉDITOS ESCRITURAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA À APURAÇÃO DO SUPOSTO CRÉDITO. ALEGAÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO TÁCITA DE COMPENSAÇÃO FEITA APÓS A APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO: APRECIÇÃO DESCABIDA, SOB PENA DE AMPLIAÇÃO INDEVIDA DO OBJETO DO PROCESSO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A alegação de que o pedido de produção de prova pericial não foi apreciado é falaciosa. Nos termos do quanto decidido pela Juíza a qua, cabia à agravante fornecer à Receita Federal todos os documentos necessários à apuração do crédito e, em caso de discordância do resultado, seria deferida prova pericial. Mas análise da Receita Federal restou frustrada pela falta de apresentação de todos os elementos necessários à apuração da existência do crédito. A parte resvala na litigância de má fé.

2. A r. sentença está lastreada na falta de apresentação, pela agravante, dos documentos que comprovassem o seu direito. Nela restou assentado que a agravante não logrou apresentar os documentos necessários à análise do crédito pela ré – Livros de Registros de Entradas e Saídas para o ano calendário em questão, Livro de Apuração de IPI, notas fiscais responsáveis por gerar o crédito presumido de IPI, bem como conhecimentos de embarque, registro das operações de exportação no Siscomex, contratos de câmbio e respectivos extratos bancários comprovando o ingresso de divisas, demonstrativos de aquisições de insumos relativos às notas fiscais de compras, demonstrativos mensais da Receita Bruta e da Receita de Exportação e as Planilhas de Cálculo conforme a legislação de regência -, limitando-se a juntar um laudo pericial particular; cujo perito informou que efetuou os cálculos somente de algumas filiais, pelos livros contábeis apresentados, concluindo a Magistrada a qua que “nem o perito contratado pela autora teve acesso aos documentos necessários” à elaboração do cálculo, ou seja, que “a autora não fez a necessária prova do crédito”.

3. A alegação segundo a qual o argumento da decadência não foi apreciado até o presente momento, em que pese se tratar de matéria de ordem pública, também não procede. Sentença e decisão monocrática adotaram fundamentação suficiente para a solução da questão apresentada pela agravante, não havendo que se cogitar de nulidade pelo simples fato de não terem aceitado a ampliação indevida do objeto do processo.

4. A análise da sentença mostra que a Juíza a qua perscrutou com intensidade a controvérsia posta em desate, não merecendo reforma em sede recursal, pois a agravante sonogou da Receita Federal e até mesmo do perito por ela contratado a documentação necessária para apuração do suposto crédito.

5. A questão da homologação tácita não foi aventada na petição inicial e foi aduzida pela agravante apenas posteriormente à contestação. A ação ordinária buscou apenas o reconhecimento do direito dela ao crédito presumido de IPI do 4º trimestre do ano-calendário de 2001. A “homologação tácita” de compensação vinculada ao pedido de ressarcimento não foi pedida, sendo descabida a sua apreciação, sob pena de ampliação indevida do objeto do processo, ainda que a decadência configure matéria de ordem pública.

6. A matéria de ordem pública, para ser conhecida de ofício pelo magistrado, deve estar contida nos limites objetivos da lide, ou seja, estar relacionada ao pedido e à causa de pedir, o que inoocorre in casu. Nesse sentido: “Embora as questões de ordem pública possam ser examinadas de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição ordinária, tal análise deve ocorrer dentro dos limites objetivos e subjetivos da demanda, deles não podendo desbordar” (AGRAVO DE INSTRUMENTO – 572898. AI 0028894-39.2015.4.03.0000. TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2018).

7. Recurso improvido.

A embargante sustenta que o acórdão considerou apenas a afirmação da auditora da Receita Federal, mas que foram juntados documentos nos autos (fls. 145 a 1145) comprovando o crédito antes da citação da União. Diz que os documentos entregues à RFB foram juntados aos autos em mídia digital, o que torna incompreensível a alegação de que não se juntou documento e de que não existiria nenhum valor do crédito, mas o acórdão é omissivo quanto ao ponto.

Aduz, ainda, que o acórdão deixou de analisar a íntegra de sua fundamentação, pugnano pela manifestação expressa acerca dos seguintes dispositivos: arts. 938, § 3º, 369, 371 e 435 do CPC; art. 150, LV, da Constituição Federal; art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96 e art. 150, § 4º, do CTN.

A FAZENDA NACIONAL apresentou resposta (ID nº 141259759).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004072-92.2010.4.03.6100

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

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Seção julgadora.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.

Quanto à questão da prova pericial, o acórdão deixou claro que não houve cerceamento de defesa porque o fundamento do indeferimento administrativo do pedido foi a ausência de comprovação da escrituração e demonstração de utilização dos insumos na industrialização dos produtos exportados. Ou seja, a falta de apresentação da documentação necessária para a apuração e cálculo do crédito. Assim, e tendo em vista que a autora informou que a documentação se encontrava na sede da empresa à disposição do Juízo, a Juíza a qua considerou mais produtivo que a Receita Federal conferisse os documentos e verificasse a existência de eventual crédito de IPI e, somente no caso de discordância de resultado, seria deferida a realização de prova pericial (fl. 1217). No entanto, a autora frustrou a realização da prova por não disponibilizar à autoridade fiscal os documentos contábeis essenciais à apuração do crédito.

O acórdão ainda consignou, *in verbis*:

“A r. sentença está lastreada na falta de apresentação, pela agravante, dos documentos que comprovassem o seu direito. Nela restou assentado que a agravante não logrou apresentar os documentos necessários à análise do crédito pela ré – Livros de Registros de Entradas e Saídas para o ano calendário em questão, Livro de Apuração de IPI, notas fiscais responsáveis por gerar o crédito presumido de IPI, bem como conhecimentos de embarque, registro das operações de exportação no Siscomex, contratos de câmbio e respectivos extratos bancários comprovando o ingresso de divisas, demonstrativos de aquisições de insumos relativos às notas fiscais de compras, demonstrativos mensais da Receita Bruta e da Receita de Exportação e as Planilhas de Cálculo conforme a legislação de regência -, limitando-se a juntar um laudo pericial particular, cujo perito informou que efetuou os cálculos somente de algumas filiais, pelos livros contábeis apresentados, concluindo a Magistrada a qua que ‘nem o perito contratado pela autora teve acesso aos documentos necessários’ à elaboração do cálculo, ou seja, que ‘a autora não fez a necessária prova do crédito’”.

O acórdão ainda deixou claro que a embargante sonou até mesmo do perito por ela contratado a documentação necessária para a apuração do suposto crédito.

Por fim, o acórdão assentou que “a questão da homologação tácita não foi aventada na petição inicial e foi aduzida pela agravante apenas posteriormente à contestação”, ou seja, “a ‘homologação tácita’ de compensação vinculada ao pedido de ressarcimento não foi pedida, sendo descabida a sua apreciação, sob pena de ampliação indevida do objeto do processo, ainda que a decadência configure matéria de ordem pública”.

E deixou claro que “a matéria de ordem pública, para ser conhecida de ofício pelo magistrado, deve estar contida nos limites objetivos da lide, ou seja, estar relacionada ao pedido e à causa de pedir, o que inócorre *in casu*”.

Isso é o *quantum satis* para solucionar estes embargos de declaração, opostos contra acórdão que não padece de qualquer vício.

Destarte, se a embargante entende que a fundamentação exarada não deu a correta interpretação aos fundamentos por ela invocados, violando os arts. 938, § 3º, 369, 371 e 435 do CPC; art. 150, LV, da Constituição Federal; art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96 e art. 150, § 4º, do CTN, deve manejar o recurso adequado à obtenção da reforma do julgado.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

Estando ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre o texto dos arts. 938, § 3º, 369, 371 e 435 do CPC; art. 150, LV, da Constituição Federal; art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96 e art. 150, § 4º, do CTN para fins de prequestionamento; ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

É preciso esclarecer que “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa (R\$ 100.000,00 em 26/02/2010), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015.

2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando incorrentes seus requisitos autorizadores. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016.

3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.

2. Quanto à questão da prova pericial, o **acórdão deixou claro** que não houve cerceamento de defesa porque o fundamento do indeferimento administrativo do pedido foi a ausência de comprovação da escrituração e demonstração de utilização dos insumos na industrialização dos produtos exportados. Ou seja, a falta de apresentação da documentação necessária para a apuração e cálculo do crédito. Assim, e tendo em vista que a autora informou que a documentação se encontrava na sede da empresa à disposição do Juízo, a Juíza *a qua* considerou mais produtivo que a Receita Federal conferisse os documentos e verificasse a existência de eventual crédito de IPI e, somente no caso de discordância de resultado, seria deferida a realização de prova pericial. No entanto, a autora frustrou a realização da prova por não disponibilizar à autoridade fiscal os documentos contábeis essenciais à apuração do crédito.

3. O acórdão ainda **deixou claro que a embargante sonegou até mesmo do perito por ela contratado a documentação necessária** para a apuração do suposto crédito.

4. Por fim, o acórdão assentou que “a questão da homologação tácita não foi aventada na petição inicial e foi aduzida pela agravante apenas posteriormente à contestação”, ou seja, “a ‘homologação tácita’ de compensação vinculada ao pedido de ressarcimento não foi pedida, sendo descabida a sua apreciação, sob pena de ampliação indevida do objeto do processo, ainda que a decadência configure matéria de ordem pública”. E deixou claro que “a matéria de ordem pública, para ser conhecida de ofício pelo magistrado, deve estar contida nos limites objetivos da lide, ou seja, estar relacionada ao pedido e à causa de pedir, o que incorre *in casu*”.

5. Destarte, se a embargante entende que a fundamentação exarada não deu a correta interpretação aos fundamentos por ela invocados, violando os arts. 938, § 3º, 369, 371 e 435 do CPC; art. 150, LV, da Constituição Federal; art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96 e art. 150, § 4º, do CTN, deve manejar o recurso adequado à obtenção da reforma do julgado.

6. Estando ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre o texto dos arts. 938, § 3º, 369, 371 e 435 do CPC; art. 150, LV, da Constituição Federal; art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96 e art. 150, § 4º, do CTN para fins de prequestionamento; ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

7. Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de **2,00%** sobre o valor corrigido da causa (R\$ 100.000,00 em 26/02/2010), conforme já decidido pelo Plenário do STF.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002793-39.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ABPC - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE PROTECAO AO CONSUMIDOR

Advogado do(a) APELADO: NOEMIA APARECIDA PEREIRA VIEIRA - SP104016-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002793-39.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ABPC - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE PROTECAO AO CONSUMIDOR

Advogado do(a) APELADO: NOEMIA APARECIDA PEREIRA VIEIRA - SP104016-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 141101470) opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal (ID 139099354) que, por unanimidade, negou provimento ao seu agravo interno.

Argumenta a embargante, preliminarmente, pela ausência de legitimidade da autora para a propositura da presente ação. Aduz, ainda, que o r. acórdão padece do vício de **omissão** sobre pontos fundamentais do seu recurso, razão pela qual necessita ser aclarado, inclusive para fins de prequestionamento.

Resposta apresentada (ID 142254970).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002793-39.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ABPC - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE PROTECAO AO CONSUMIDOR

Advogado do(a) APELADO: NOEMIA APARECIDA PEREIRA VIEIRA - SP104016-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tem razão a embargante quanto à **ilegitimidade** da parte autora para a propositura desta ação, questão que deve ser conhecida, inclusive de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos preconizados pelo art. 485, § 3º, do CPC/15.

Trata-se de ação coletiva ordinária proposta pela ABPC – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR buscando assegurar, *em favor de seus associados*, o direito de excluir valores de ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, bem como de repetir eventual indébito tributário.

No julgamento do RE nº 573.232/SC, submetido ao regime do então vigente art. 543-B do CPC/73, o STF deu tratamento processual distinto às associações quando promotoras de demandas em favor de seus associados e quando impetrantes no mandado de segurança coletivo. No primeiro caso (hipótese dos autos), na qualidade de representante processual, a disciplina do art. 5º, XXI, da CF, exigiria **autorização expressa e específica** dos associados (mediante ato individual ou assemblear), mas não por mera previsão em seu estatuto. Ao contrário, no mandado de segurança, enquanto substituto processual (ou legitimado autônomo, a depender da doutrina adotada), prescindir-se-ia de tal requisito, haja vista a ausência de sua previsão no art. 5º, LXX, da CF (Súmula 629 do STF).

A documentação colacionada aos autos, todavia, é **insuficiente** para comprovar que a autora detém autorização expressa e específica de seus associados para representá-los na presente ação. Isso, porque os termos de filiação e autorização apresentados encerram permissão genérica para “ajuizar ação na Justiça Federal e Estadual” (v.g., ID 128049525).

Não se descarta de jurisprudência firmada pela Terceira Turma do STJ afastando o entendimento do STF caso sejam veiculados direitos individuais homogêneos ou de natureza coletiva *latu sensu*, por se tratar de substituição processual (AgInt no AREsp 1441016 / RS / STJ – TERCEIRA TURMA / MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZE / DJe 31/05/2019 e REsp 1.649.087/RS / MINª. NANCY ANDRIGHI / DJe 04.10.2018).

Porém, mantém-se o entendimento firmado. A **uma**, pois a tese firmada pelo STF não diferencia os direitos objeto da ação coletiva de rito ordinário para fins da exigibilidade de autorização expressa. A **duas**, porque a relação tributária é essencialmente individualizada, mantendo cada associado relação estanque e peculiar com o FISCO, permitida a reunião das demandas tão somente pela identidade da causa. Logo, não se trata de relação jurídica coletiva que permite individualização, mas sim de relações jurídicas individuais que permite agrupamento processual, desde que haja autorização dos titulares daquelas relações.

Sequer o interesse ora discutido, de natureza tributária, se insere no âmbito institucional da associação autora, voltada exclusivamente para “Representar os associados **em discussão na aplicabilidade do código de defesa do consumidor** e seu efetivo cumprimento por empresas privadas, sociedades de economia mista, empresas públicas bem como órgão da administração pública, nas esferas municipal, estadual e federal” (ID 128049524 - destaquei).

O fato de seus associados serem, comumente, contribuintes do ICMS e do PIS/COFINS não legitima a autora a propositura de causa coletiva para dar a devida amplitude à incidência tributária dos últimos tributos, porquanto o tema simplesmente escapa ao seu desiderato social.

Pelo exposto, **dou provimento** aos embargos de declaração para julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, reconhecendo a ilegitimidade ativa da associação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ILEGITIMIDADE DA PARTE AUTORA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. RECONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO. AÇÃO EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. No julgamento do RE nº 573.232/SC, submetido ao regime do então vigente art. 543-B do CPC/73, o STF deu tratamento processual distinto às associações quando promotoras de demandas em favor de seus associados e quando impetrantes no mandado de segurança coletivo. No primeiro caso, na qualidade de representante processual, a disciplina do art. 5º, XXI, da CF, exigiria autorização expressa e específica dos associados (mediante ato individual ou assemblear), mas não por mera previsão em seu estatuto. Ao contrário, no mandado de segurança, enquanto substituto processual (ou legitimado autônomo, a depender da doutrina adotada), prescindir-se-ia de tal requisito, haja vista a ausência de sua previsão no art. 5º, LXX, da CF (Súmula 629 do STF).

2. Na singularidade, tem-se ação coletiva ordinária proposta pela ABPC – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR buscando assegurar, em favor de seus associados, o direito de excluir valores de ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, bem como de repetir eventual indébito tributário. É caso, portanto, de representação processual.

3. A documentação colacionada aos autos, todavia, é insuficiente para comprovar que a autora detém autorização expressa e específica de seus associados para representá-los na presente ação. Isso, porque os termos de filiação e autorização apresentados encerram permissão genérica para “ajuizar ação na Justiça Federal e Estadual” (v.g., ID 128049525).

4. Sequer o interesse ora discutido, de natureza tributária, se insere no âmbito institucional da associação autora, voltada exclusivamente para “Representar os associados em discussão na aplicabilidade do código de defesa do consumidor e seu efetivo cumprimento por empresas privadas, sociedades de economia mista, empresas públicas bem como órgão da administração pública, nas esferas municipal, estadual e federal” (ID 128049524 - destaquei).

5. Embargos de declaração providos, diante de matéria de ordem pública que prejudica o correto exercício do direito de ação coletiva. Ação extinta, sem julgamento do mérito, ante a ilegitimidade ativa da associação autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento aos embargos de declaração para julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, reconhecendo a ilegitimidade ativa da associação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011892-96.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDENCIA PRIVADA SA

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO - SP99113-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011892-96.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDENCIA PRIVADA SA

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO - SP99113-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos por METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDÊNCIA PRIVADA S.A., em face de acórdão que negou provimento ao agravo interno.

O acórdão da Turma, de que faz parte integrante o voto, encontra-se assimementado:

AGRAVO INTERNO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAUSALIDADE DA DEMANDA ATRIBUÍDA A PARTE AUTORA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O conteúdo probatório dos autos, especialmente a minuciosa informação fiscal que não pode ser contrariada validamente pela autora, indica sem dúvidas que os ônus processuais devem ser suportados pela autora, já que a ela deve ser atribuída a causalidade da demanda, evidenciada pela prestação de informações divergentes no cumprimento de obrigações acessórias (DCTF e DACON) – que foram reconhecidas pela própria demandante – e pela ausência de indicação, em petição inicial, da existência de depósito judicial realizado em 18.3.2011 no valor de R\$ 9.596.841,54. A SRF destacou que “o contribuinte não fez menção à existência desse depósito judicial em sua petição inicial de modo que essa informação não fora levada em consideração na primeira informação fiscal”.

2. Ora, é ônus do litigante deduzir na petição inicial a completude dos fatos e da causa de pedir (art. 319, III e IV, CPC), de modo a possibilitar ao Juiz o pleno entendimento da lide e de seus contornos. Se a parte autora omite informações, não tem cabimento dizer que caberia ao réu – mesmo que seja a Fazenda Pública – perscrutar seus registros e fôlios para se adequar à pretensão insuficientemente deduzida.

3. Os erros da empresa foram confessados.

4. Nesse cenário, não há como imputar a causalidade do ajuizamento da demanda **exclusivamente** à União, eis que a autora colaborou eficazmente para a confusão fiscal em que se colocou.

Requer a embargante sejam conhecidos e providos os presentes embargos declaratórios, imprimindo-lhes efeitos infringentes, para que, sanados os vícios apontados no v. acórdão embargado, seja provido o seu agravo interno interposto, restabelecendo-se os termos da r. sentença de primeira instância, que acertadamente condenou a União Federal/Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, em decorrência da correta aplicação *in casu* do princípio da causalidade, posto que cabalmente demonstrado que a Embargada deu causa ao ajuizamento da Ação Anulatória, ao não homologar as compensações regularmente realizadas pela Embargante. Pleiteia o prequestionamento da matéria, na forma autorizada pela Súmula nº 98 do E. STJ e pelas Súmulas nº 282 e nº 356 do C. STF, em face da violação à aludida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como ao artigo 85, caput, e § 3º, do CPC/2015; artigo 884, do CC/02; e ao artigo 5º do Decreto Lei nº 2.124/84. Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011892-96.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDENCIA PRIVADA SA

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO - SP99113-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que as partes discordem da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão**; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego dos recursos, que no ponto são de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando as partes recorrentes - a pretexto de esclarecerem uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Realmente, é certo que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, AgRg. nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015).

Destarte, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)..". (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para cancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de **0,02%** sobre o valor corrigido da causa originária – R\$ 984.630,88, conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTETATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando inócorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando **inócorrentes seus requisitos autorizadores**. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protetatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (**dois por cento**) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)*

A respeito da mesma situação aqui visualizada – abuso no exercício dos aclaratórios - colhe-se no STF que:

“Ementa: Embargos de Declaração no Agravo Interno em Embargos de Declaração em Reclamação. Indeferimento da Inicial e Fixação de Multa por Ato atentatório à Dignidade da Justiça. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Embargos Desprovidos com Aplicação de Multa. 1. Os Embargos de Declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 2. A parte Embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, constatado o manifesto intuito protetatório. Art. 1.026, § 2º, do CPC. 4. Embargos de Declaração rejeitados.

(Rcl24786 ED-AgR-ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

É que ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de **0,02%** sobre o valor da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF. No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, **nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU EXPRESSAMENTE DA MATÉRIA DITA "OMISSA" PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, o que não ocorre no caso.

2. A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão**; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

4. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

5. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art.1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

6. Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para cancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

7. Se o exame dos autos revela que se acham ausentes quaisquer das hipóteses para oposição dos embargos declaratórios, resta evidenciada sua improcedência manifesta, signo seguro de seu caráter apenas protelatório, a justificar, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, a multa fixada em **0,02%** sobre o valor da causa originária. Nesse sentido: STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

8. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007361-70.2019.4.03.6119

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ATACADISTA BRASILEIRO LTDA, SUPERMERCADO LEVADO LTDA

Advogados do(a) APELADO: HELIO LAULETTA JUNIOR - SP268493-A, VANESSA NASR - SP173676-A

Advogados do(a) APELADO: HELIO LAULETTA JUNIOR - SP268493-A, VANESSA NASR - SP173676-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007361-70.2019.4.03.6119

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ATACADISTA BRASILEIRO LTDA, SUPERMERCADO LEVADO LTDA

Advogados do(a) APELADO: HELIO LAULETTA JUNIOR - SP268493-A, VANESSA NASR - SP173676-A

Advogados do(a) APELADO: HELIO LAULETTA JUNIOR - SP268493-A, VANESSA NASR - SP173676-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração (ID 144604314) opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal (ID 143773734) que, por unanimidade, negou provimento ao seu agravo interno, entendendo ser aplicável ao caso o entendimento firmado pelo STF nos autos do RE nº 574.706.

Aduz a embargante que o r. acórdão padece do vício de **omissão** sobre pontos fundamentais do seu recurso, razão pela qual necessita ser aclarado, inclusive para fins de prequestionamento.

Recurso respondido (ID 145428473).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007361-70.2019.4.03.6119

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ATACADISTA BRASILEIRO LTDA, SUPERMERCADO LEVADO LTDA

Advogados do(a) APELADO: HELIO LAULETTA JUNIOR - SP268493-A, VANESSA NASR - SP173676-A

Advogados do(a) APELADO: HELIO LAULETTA JUNIOR - SP268493-A, VANESSA NASR - SP173676-A

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnson de Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O v. acórdão foi claro ao concluir pela exclusão do ICMS destacado das bases de cálculo de PIS e COFINS, com direito de recuperação do indébito, isso porque a decisão foi baseada na jurisprudência cristalizada no tema 69 do STF, sendo incabível a sustação do processo no aguardo de possível modulação de efeitos, a ser feita em embargos de declaração ajuizados perante a Suprema Corte (ausência de base legal). A repetição foi adequadamente regradada, usando-se o que a lei prevê para tais casos.

Assim, o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do CPC/15 - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A parte apenas insiste nas razões já infirmadas anteriormente, demonstrando, na verdade, o seu inconformismo com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (STJ, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Da mesma forma, não se prestam os aclaratórios a compelir a Turma a se debruçar sobre a enxurrada de dispositivos legais indicados no recurso, posto que "o juiz 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 um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (AgRg. nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015 - EDcl no AgRg no HC 302.526/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017). Em outras palavras, do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" (STJ, Recurso Especial Representativo da Controvérsia, REsp 1104184/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012).

Ademais, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Enfim, diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

Ressalto que eventual mudança de postura, ainda em andamento no âmbito do STF, acerca da necessidade de se aguardar o julgamento dos aclaratórios interpostos, não configura vício a ser sanado neste recurso.

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO REJEITADO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.

2. O v. acórdão foi claro ao concluir pela exclusão do ICMS destacado das bases de cálculo de PIS e COFINS, com direito de recuperação do indébito, isso porque a decisão foi baseada na jurisprudência cristalizada no tema 69 do STF, sendo incabível a sustação do processo no aguardo de possível modulação de efeitos, a ser feita em embargos de declaração ajuizados perante a Suprema Corte (ausência de base legal). A repetição foi adequadamente regradada, usando-se o que a lei prevê para tais casos

3. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (inexistente) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no decisum e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

4. Diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008412-70.2019.4.03.6102

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONSTRUTORA INDUSTRIAL E COMERCIAL SAID LTDA

Advogado do(a) APELADO: IGOR MARTINS SUFIATI - SP236814-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008412-70.2019.4.03.6102

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONSTRUTORA INDUSTRIAL E COMERCIAL SAID LTDA

Advogado do(a) APELADO: IGOR MARTINS SUFIATI - SP236814-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração (ID 145156394) opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal (ID 143787583) que, por unanimidade, negou provimento ao seu agravo interno, entendendo ser aplicável ao caso o entendimento firmado pelo STF nos autos do RE nº 574.706.

Aduz a embargante que o r. acórdão padece do vício de **omissão** sobre pontos fundamentais do seu recurso, razão pela qual necessita ser aclarado, inclusive para fins de prequestionamento.

Deu-se oportunidade para resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008412-70.2019.4.03.6102

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONSTRUTORA INDUSTRIAL E COMERCIAL SAID LTDA

Advogado do(a) APELADO: IGOR MARTINS SUFIATI - SP236814-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnson di Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O v. acórdão foi claro ao concluir pela exclusão do ICMS destacado das bases de cálculo de PIS e COFINS, com direito de recuperação do indébito, isso porque a decisão foi baseada na jurisprudência cristalizada no tema 69 do STF, sendo incabível a sustação do processo no aguardo de possível modulação de efeitos, a ser feita em embargos de declaração ajuizados perante a Suprema Corte (ausência de base legal). A repetição foi adequadamente regradada, usando-se o que a lei prevê para tais casos.

Assim, o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do CPC/15 - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A parte apenas insiste nas razões já infirmadas anteriormente, demonstrando, na verdade, o seu inconformismo com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (STJ, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Da mesma forma, não se prestam os aclaratórios a compelir a Turma a se debruçar sobre a enxurrada de dispositivos legais indicados no recurso, posto que "o juiz 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 um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (AgRg. nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015 - EDcl no AgRg no HC 302.526/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017). Em outras palavras, do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" (STJ, Recurso Especial Representativo da Controvérsia, REsp 1104184/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012).

Ademais, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Enfim, diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

Ressalto que eventual mudança de postura, ainda em andamento no âmbito do STF, acerca da necessidade de se aguardar o julgamento dos aclaratórios interpostos, não configura vício a ser sanado neste recurso.

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO REJEITADO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.

2. O v. acórdão foi claro ao concluir pela exclusão do ICMS destacado das bases de cálculo de PIS e COFINS, com direito de recuperação do indébito, isso porque a decisão foi baseada na jurisprudência cristalizada no tema 69 do STF, sendo incabível a sustação do processo no aguardo de possível modulação de efeitos, a ser feita em embargos de declaração ajuizados perante a Suprema Corte (ausência de base legal). A repetição foi adequadamente regradada, usando-se o que a lei prevê para tais casos

3. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (inexistente) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no decisum e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

4. Diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0009232-47.2014.4.03.6104

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

APELANTE: PLANO DE SAUDE ANA COSTALTD.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogados do(a) APELADO: ARQUIMEDES TINTORI NETO - SP183032-A, ESTEVAO FIGUEIREDO CHEIDA MOTA - SP189227-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0009232-47.2014.4.03.6104

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

APELANTE: PLANO DE SAUDE ANA COSTALTD.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogados do(a) APELADO: ARQUIMEDES TINTORI NETO - SP183032-A, ESTEVAO FIGUEIREDO CHEIDA MOTA - SP189227-A

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsomdi Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por **Plano de Saúde Ana Costa Ltda.**, com fundamento nos arts. 1022, I e II, do CPC e 262 a 264 do Regimento Interno deste Tribunal, em face do v. acórdão da Sexta Turma desta Corte que, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno e manteve a sentença de improcedência proferida nos embargos à execução opostos em face da **Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS**.

O acórdão da Turma, proferido em 17/09/2020, encontra-se assimementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARGUMENTOS QUE NÃO MODIFICAM, NO MÉRITO, A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO MONOCRÁTICA. RESSARCIMENTO AO SUS – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – SERVIÇOS PRESTADOS – ÔNUS DA PROVA – VALORES TUNEP APLICABILIDADE DO DECRETO-LEI Nº 1.025/69 - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. *Argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, adotando-as como razão de decidir deste agravo, na parte que interessa ao deslinde do recurso, adotando-as como razão de decidir deste agravo.*

2. *No que se refere à apreciação do prazo prescricional a incidir sobre a cobrança do ressarcimento, o STJ já assentou que a exigência não tem natureza tributária, aplicando-lhe o prazo previsto no Decreto nº 20.910/32. Além disso, por ser a relação jurídica existente entre a ANS e as operadoras de plano de saúde regida pelo Direito Administrativo, afastou a aplicação do prazo trienal previsto no Código Civil. Ademais, o termo inicial do prazo prescricional é a notificação do processo administrativo e não o atendimento prestado. Precedentes do STJ e desta Corte. Não se verifica a ocorrência da prescrição”.*

3. *Quanto às alegações de fora da área de abrangência do contrato e de serviços excluídos, cabia à embargante comprovar que não resultaram de atendimento emergencial, quando se torna obrigatória a cobertura, nos termos do disposto no artigo 35-C, I, da Lei nº 9.856/95. Basta o atendimento na rede pública de saúde para que seja devido o direito ao ressarcimento. Precedentes desta Corte.*

4. *Quanto ao índice de valoração do ressarcimento (IVR), conforme disposto pela Coordenadoria Geral do SUS (CG SUS), o multiplicador de 1,5 sobre os valores contidos na tabela TUNEP tem por finalidade adequar o ressarcimento a gastos públicos não enquadrados na referida tabela, como a celebração de convênios, o repasse de fundos, e o pagamento pelo poder público por serviços de saúde prestados na área privada. A justificativa válida a metodologia do cálculo, procurando adequar o ressarcimento ao efetivo gasto enfrentado pelos cofres públicos quando da prestação da saúde. Jurisprudência pacífica das Turmas que integram a 2ª Seção deste Tribunal tem como jurisprudência pacífica o entendimento firmado na presente decisão (TRF-3 - AC 2295138 - Terceira Turma - Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes - e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2018 - TRF-3 - AC 2280082 - Terceira Turma - Relatora Juíza Convocada Denise Avelar - e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018 - TRF-3 - AC 1786406 - Quarta Turma - Relator Desembargador Federal André Nabarrete - e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2018 - TRF-3 - AI 522284 - Quarta Turma - Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva - e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2018 - TRF-3 - AC 2289881 - Sexta Turma - Relator Desembargador Federal Fábio Prieto - e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/06/2018 - TRF-3 - AC 2289183 - Sexta Turma - Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida - e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/05/2018; Ap Cível - 0000318-98.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal Antonio Carlos Cedendo, julgado em 05/02/2020, e - DJF3 Judicial 1; data: 07/02/2020)*

5. *Também não assiste razão ao recorrente quanto à insurgência relativa ao encargo de 20% previsto pelo Decreto-Lei nº 1025/69, pois ele visa a custear as despesas nas execuções fiscais promovidas pela União Federal e Autarquias com a cobrança judicial de sua Dívida Ativa, bem como a substituir a condenação da embargante em honorários advocatícios, se os embargos forem julgados improcedentes. Precedentes desta Corte.*

6. *Agravo interno improvido.*

Sustenta a embargante, preliminarmente, que apenas após o trânsito em julgado do RE nº 597.064/RJ, que teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF, será conhecida a extensão dos efeitos da declaração de constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98.

Alega que o acórdão embargado incorreu em contradição com os termos do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, que cuida do prazo prescricional, pois no julgamento da ADI nº 1931/DF e nas considerações constantes do parecer do Ministro Carlos Velloso, o ressarcimento ao SUS tem natureza civil e caráter indenizatório. Invoca, ainda, a aplicação do art. 10 do Decreto-Lei nº 20.910/32, bem como o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Civil Brasileiro e alegados precedentes.

Afirma, de outra parte, que o *decisum* foi omisso quanto à duração do processo administrativo, disciplinado pela Resolução RE nº 6, de 26.03.2001, bem como quanto à apreciação do excesso de cobrança do ressarcimento com a utilização do IVR.

Por fim, aduz a existência de contradição em relação ao art. 373, II, do CPC, ao impor à embargante a comprovação da não emergência/urgência nos atendimentos.

Requer sejam os embargos acolhidos e sanadas as contradições e omissões suscitadas.

AANS apresentou resposta (id 145431702).

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009232-47.2014.4.03.6104

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: PLANO DE SAUDE ANA COSTA LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogados do(a) APELADO: ARQUIMEDES TINTORI NETO - SP183032-A, ESTEVAO FIGUEIREDO CHEIDA MOTA - SP189227-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Não assiste razão à embargante.

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre *in casu*.

Salta aos olhos que o intento dos embargantes nada tem a ver com o objetivo de esclarecimento da decisão, pois o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do artigo 1022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, na verdade, o mero inconformismo dos recorrentes com os fundamentos adotados no *decisum*.

A preliminar invocada de que é necessário o trânsito em julgado do RE nº 597.064/RJ, que teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF, para o conhecimento da extensão dos efeitos da declaração de constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98 não foi objeto do apelo, o que torna descabida qualquer alegação de omissão ou contradição a seu respeito.

De toda forma encontra-se sedimentado o entendimento no sentido de que o julgamento do recurso extraordinário representativo de controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento dos processos com o mesmo objeto. Nesse sentido: RE 1006958 AgR-ED-ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 15-09-2017; PUBLIC 18-09-2017).

Relativamente ao prazo prescricional e à aplicação da Resolução RE nº 6, de 26.03.2001, o julgado foi explícito ao consignar:

“No que se refere à apreciação do **prazo prescricional** a incidir sobre a cobrança do ressarcimento, o STJ já assentou que a exigência não tem natureza tributária, aplicando-lhe o prazo previsto no **Decreto nº 20.910/32**. Além disso, por ser a relação jurídica existente entre a ANS e as operadoras de plano de saúde regida pelo Direito Administrativo, **afastou a aplicação do prazo trienal previsto no Código Civil**, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/1932. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO DA TABELA TUNEP. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Quanto à prescrição da pretensão de cobrança do ressarcimento ao SUS, verifica-se que o acórdão recorrido está em harmonia com o entendimento do STJ de que a prescrição para a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932.

2. Verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a causa em consonância com a orientação do STJ, pelo que incide, na espécie, a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável, inclusive, quando fundado o Recurso Especial na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

3. A análise sobre a aplicação da tabela TUNEP e a verificação se os seus valores correspondem ao efetivamente praticado pelas operadoras de plano de saúde, exigiram a apreciação dos elementos de provas constantes nos autos, cuja revisão é inviável no âmbito do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Além disso, verificar a ocorrência ou não enriquecimento ilícito demandaria também reexame de matéria fático-probatória, vedado em Recurso Especial.

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1698860/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017 - grifei)

Ademais, o termo inicial do prazo prescricional é a notificação do processo administrativo e não o atendimento prestado.

Nesse sentido é o entendimento do STJ e desta Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/1932. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 32, CAPUT, DA LEI 9.656/98. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. TABELA TUNEP. SÚMULA 7/STJ.

1. 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, tal como lhe foi apresentada.

2. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, sedimentada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, de que a prescrição da pretensão de cobrança do ressarcimento ao SUS é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932, a contar do ajuizamento da ação. (REsp 1.179.057/AL, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 15.10.2012).

3. **"O termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado.** Nesse sentido, o seguinte precedente: AgRg no REsp 1439604/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 09/10/2014." (AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.8.2015).

4. 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, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, por analogia, a Súmula 282/STF.

5. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia à luz do art. 32, caput, da Lei 9.656/98, decidiu a controvérsia com fundamentos de índole constitucional. Descabe, pois, ao STJ examinar a questão, porquanto reverter o julgado significa usurpar competência do STF.

6. A verificação acerca da adequação dos valores constantes da tabela TUNEP esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1650703/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 16/06/2017 - grifei)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/32. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (...)

5. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça "firmou orientação no sentido de que **o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto nº 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado**" (in, STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 18/08/2015).

6. In casu, conforme consta dos autos, o atendimento na rede pública de saúde ocorreu no período de 18.03.2000 a 29.03.2000, tendo sido a embargante notificada da existência do débito em 05.02.2004, e o processo administrativo encerrado em 15.10.2004. Logo, a prescrição iniciou-se em 15.10.2004. Assim, considerando que a inscrição em dívida ativa em 05.07.2005 e o ajuizamento da execução em 12.09.2005 não transcorreu o lapso prescricional quinquenal.

7. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

8. Agravo interno desprovido.

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1899425 0001516-38.2011.4.03.6115, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/10/2018)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

- Não se trata de responsabilidade civil subjetiva, na qual se analisa a culpa do causador do dano, mas sim de um sistema que tem por objetivo reaver valores desembolsados pelo poder público de forma global no atendimento à saúde, a fim de que sejam investidos no próprio SUS. Se os atendimentos fossem realizados em unidades privadas, pertencentes à rede indicada da autora, não haveria o que ressarcir; uma vez que os gastos efetuados seriam suportados pela própria operadora, nos termos do contrato firmado.

- É quinquenal o prazo de prescrição nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, nos termos do Decreto nº 20.910/32. Pelo princípio da isonomia, o mesmo prazo deve ser aplicado nos casos em que a Fazenda Pública é autora (precedentes). Portanto, é inaplicável o prazo prescricional do Código Civil no presente pleito cujo entendimento está de acordo com a sistemática da cobrança de créditos não tributários da Fazenda Pública.

- **O termo inicial da prescrição deve ser contado da notificação para pagamento após apurado o quantum debeatore pela administração.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32.

1. Com relação à prescrição, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal são pacíficas no sentido de que se deve aplicar, no caso de cobrança de valores de ressarcimento ao SUS, o prazo quinquenal disposto no Decreto 20.910/32, sendo que o termo inicial da contagem não é a data de atendimento, mas a data da efetiva constituição do crédito com a notificação do órgão responsável.

2. Nos termos do artigo 4º do Decreto 20.910/1932, "não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la".

3. De fato, os valores pagos a título de ressarcimento ao SUS têm natureza jurídica indenizatória, o que não significa dizer, contudo, que, por conta disso, é de se aplicar o Código Civil, até mesmo porque a referida indenização tem caráter administrativo, e não civil. Também por esse motivo não se aplica o artigo 10 do Decreto 20.910/1932.

4. Com efeito, não havendo norma específica para tratar do assunto, a jurisprudência entendeu que devem ser aplicadas as regras cabíveis quando da cobrança de dívidas dos entes públicos, até por uma questão de isonomia.

5. Agravo não provido.

(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 590236 0019375-06.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018)

Assim, no caso dos autos, não se verifica a ocorrência da prescrição.

Quanto à mencionada Resolução nº 6/2001 da ANS, sequer encontrava-se vigente à época dos fatos".

Não foi diferente em relação à aplicação do índice de valoração do ressarcimento – IVR e aos atendimentos questionados pela embargante, veja-se

“Quanto ao índice de valoração do ressarcimento (IVR), conforme disposto pela Coordenadoria Geral do SUS (CG SUS), o multiplicador de 1,5 sobre os valores contidos na tabela TUNEP tem por finalidade adequar o ressarcimento a gastos públicos não enquadrados na referida tabela, como a celebração de convênios, o repasse de fundos, e o pagamento pelo poder público por serviços de saúde prestados na área privada. A justificativa valida a metodologia do cálculo, procurando adequar o ressarcimento ao efetivo gasto enfrentado pelos cofres públicos quando da prestação da saúde.

A isso acrescento que as Turmas que integram a 2ª Seção deste Tribunal tem como jurisprudência pacífica o entendimento firmado na presente decisão (TRF-3 - AC 2295138 - Terceira Turma - Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes - e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2018 - TRF-3 - AC 2280082 - Terceira Turma - Relatora Juíza Convocada Denise Avelar - e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018 - TRF-3 - AC 1786406 - Quarta Turma - Relator Desembargador Federal André Nabarrete - e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2018 - TRF-3 - AI 522284 - Quarta Turma - Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva - e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2018 - TRF-3 - AC 2289881 - Sexta Turma - Relator Desembargador Federal Fábio Prieto - e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/06/2018 - TRF-3 - AC 2289183 - Sexta Turma - Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida - e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/05/2018).

Quanto às alegações de serviços prestados fora da área de abrangência do contrato e de serviços excluídos, cabia à embargante comprovar que não resultaram de atendimento emergencial, quando se torna obrigatória a cobertura, nos termos do disposto no artigo 35-C, I, da Lei nº 9.856/95.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESSARCIMENTO A OSUS. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA. LEI Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DA ANS. TABELAS DA TUNEP. LEGALIDADE. ATENDIMENTOS FORA DA REDE CREDENCIADO E NÃO COBERTURA. ATENDIMENTO DE CARÁTER DE URGÊNCIA.

1. Todas as alegações arguidas pela embargante foram rechaçadas, ainda que de maneira sucinta, pelo MM juiz a quo, sem que se possa falar em omissão da decisão a merecer nulidade, como pretende a apelante por puro inconformismo com o resultado.

(...)

11. Quanto à alegação de atendimento fora da área de abrangência geográfica do plano e de procedimento não-coberto, deveria ter sido comprovado, pela embargante, não ser o caso de atendimento emergencial, hipótese em que se torna obrigatória a cobertura, consoante disposto no artigo 35-C da lei nº 9.856/95. Precedentes desta E. Corte. 12. Apelação improvida.

(0006920-49.2015.4.03.6109; Rel: Desembargadora Federal Consuelo Yoshida; Sexta Turma; DJe: 11.05.2018) (destaquei)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO. NULIDADES INEXISTENTES. IMPROCEDÊNCIA NO MÉRITO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. APELO DESPROVIDO.

(...)

5. A apelante alega que a cobrança do ressarcimento ao SUS pela utilização do serviço público de saúde não pode ser admitida, tendo em vista a condição dos beneficiários, em cumprimento de período de carência, e, portanto, sem cobertura contratual, além dos que estavam fora da área de abrangência geográfica do contrato. Ocorre que, em casos de emergência e urgência, a Lei 9.656/1998, em seus artigos 12, incisos V e VI, e 35-C, assegura a obrigatoriedade da cobertura contratual.

6. Desde a edição da Lei 9.656/1998, é perfeitamente possível a exigência de reembolso, em favor das instituições integrantes do SUS, dos valores gastos com atendimento médico prestado para beneficiários de serviços contratados com operadoras de planos de assistência médica, impondo-se, pois, a confirmação da sentença.

(...)

8. *Apelação improvida.*

(0000558-75.2014.4.03.6138; Rel: Juíza Convocada Denise Avelar; Terceira Turma; DJe: 21.03.2018) (destaquei)"

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - **STF**, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (**STF**, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (**STJ**, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

Pelo exposto, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR PARTICULAR. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado (há lei que prevê a possibilidade de aplicação da multa), demonstram, na verdade, o inconformismo do Conselho recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*, que reconheceu a ocorrência de fraude à execução.

3. A preliminar invocada de que é necessário o trânsito em julgado de que é necessário do RE nº 597.064/RJ, que teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF, para o conhecimento da extensão dos efeitos da declaração de constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98 não foi objeto do apelo, o que torna descabida qualquer alegação de omissão ou contradição a seu respeito. De toda forma encontra-se sedimentado o entendimento no sentido de que o julgamento do recurso extraordinário representativo de controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento dos processos como mesmo objeto.

4. Não houve qualquer omissão ou contradição no acórdão combatido em relação aos temas da prescrição, à aplicação da Resolução RE nº 06/2001, à incidência do IVR ou aos atendimentos realizados.

5. "Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

6. É que "não se prestamos embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

7. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

8. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

9. Negado provimento aos embargos de declaração.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013886-58.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

AGRAVADO: SAO FRANCISCO SISTEMAS DE SAUDE SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Advogado do(a) AGRAVADO: FERRUCIO CARDOSO ALQUIMIM DE PADUA - SP318606-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013886-58.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

AGRAVADO: SAO FRANCISCO SISTEMAS DE SAUDE SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Advogado do(a) AGRAVADO: FERRUCIO CARDOSO ALQUIMIM DE PADUA - SP318606-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator para acórdão:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma que, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento da ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, nos termos do voto do Desembargador Federal Johonsom di Salvo, acompanhado pelo voto da Juíza Federal Convocada Giselle França, vencido o Relator, que lhe dava provimento.

O acórdão ora embargado restou assimementado (ID 141947325):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL JULGADOS IMPROCEDENTES. LIQUIDAÇÃO SEGURO-GARANTIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CAUSA SUSPENSIVA DA AÇÃO EXECUTIVA. RECURSO PROVIDO.

1. A liquidação da garantia é a medida que se impõe, pois a executada sucumbiu na discussão da dívida e os recursos a seu dispor não têm efeito suspensivo; a execução prossegue, podendo o numerário ficar em depósito. Nesse sentido é a tradicional compreensão desta Corte Regional: 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 525010 - 0003261-60.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 08/05/2014, e-DJF3 Judicial I DATA:19/05/2014 - 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5018651-09.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 09/06/2020, Intimação via sistema DATA: 11/06/2020 - 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5012310-98.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 16/03/2020, Intimação via sistema DATA:20/03/2020.

2. Deve-se levar em conta que o STJ também considera possível a liquidação da garantia -- atento para a Súmula 317 -- porém ressalva que o levantamento do depósito realizado pelo garantidor fica condicionado ao trânsito em julgado, nos termos do art. 32, § 2º, da LEF.

3. A expropriação é a consequência natural do feito executivo (3ª Turma, AI 0015325- 73.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 06/09/2012, e-DJF3 Judicial I DATA:14/09/2012).

4. É certo que a execução deve ser feita de modo menos gravoso para o executado; mas isso não quer dizer - ao contrário de "interpretação" que os executados em geral dão ao artigo 805 do CPC/2015 - que a execução deve ser "comandada" pelos interesses particulares do devedor. O princípio da menor onerosidade não legitima que o executado "dite as regras" do trâmite da execução.

5. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

Sustenta a embargante que o acórdão foi omisso pois deixou de enfrentar precedente jurisprudencial (*REsp nº 1.381.254/PR – possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito não-tributário mediante apólice de seguro garantia judicial*) capaz de infirmar, ao menos em tese, sua conclusão e que obrigatoriamente deveria ser apreciado na forma do artigo 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil.

Pede o acolhimento dos declaratórios suprimindo-se o vício apontado, conferindo-lhes excepcionais efeitos infringentes (ID 142813142).

Decorrido prazo sem resposta da parte adversa.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013886-58.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

AGRAVADO: SAO FRANCISCO SISTEMAS DE SAUDE SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Advogado do(a) AGRAVADO: FERRUCIO CARDOSO ALQUIMIM DE PADUA - SP318606-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator para acórdão:

Os embargos não merecem prosperar.

Quanto à alegada ocorrência de omissão a respeito de específico julgado do STJ que, em tese, daria suporte à tese da embargante, basta lembrar que o referido precedente jurisprudencial (REsp nº 1.381.254/PR) foi suscitado pela recorrente pela primeira vez nestes embargos.

Da análise dos documentos encartados, seja em primeiro grau, seja no agravo de instrumento, não se verifica qualquer referência àquele julgado por parte da embargante/agravada/executada. Aqui, a parte argumenta de modo contrário ao conteúdo dos autos, resvalando na litigância de má-fé.

Não há como omitir-se acerca do que não foi deduzido anteriormente.

Não há que se falar, portanto, na existência de vício a macular a decisão vergastada, tomando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Ademais, é certo que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, AgRg nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015).

Ainda, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

No âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73, tem-se que "a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)" (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

A respeito da mesma situação aqui visualizada – abuso no exercício dos aclaratórios - colhe-se no STF que:

“Ementa: Embargos de Declaração no Agravo Interno em Embargos de Declaração em Reclamação. Indeferimento da Inicial e Fixação de Multa por Ato atentatório à Dignidade da Justiça. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Embargos Desprovidos com Aplicação de Multa. 1. Os Embargos de Declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 2. A parte Embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, constatado o manifesto intuito protelatório. Art. 1.026, § 2º, do CPC. 4. Embargos de Declaração rejeitados.

(Rcl 24786 ED-AgR-ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

É que ausente omissão justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de **multa de 1,0 % sobre o valor da execução fiscal originária (esta fixada em R\$ 446.234,54 em janeiro de 2019)**, na forma do art. 1.026, § 2º, do CPC, que será corrigido conforme a Res. 267/CJF. No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, **nego provimento** aos embargos de declaração, com imposição de multa.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO IMPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Quanto à alegada ocorrência de omissão a respeito de específico julgado do STJ que, em tese, daria suporte à tese da embargante, basta lembrar que o referido precedente jurisprudencial (REsp nº 1.381.254/PR) foi suscitado pela recorrente pela primeira vez nestes embargos. Da análise dos documentos encartados, seja em primeiro grau, seja no agravo de instrumento, não se verifica qualquer referência àquele julgado por parte da embargante/agravada/executada. Aqui, a parte argumenta de modo contrário ao conteúdo dos autos, resvalando na litigância de má-fé. Não há como omitir-se acerca do que não foi deduzido anteriormente.

2. Não há que se falar, portanto, na existência de vício a macular a decisão vergastada, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

3. Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

4. No âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73, tem-se que "a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)" (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

5. No caso dos autos, salta aos olhos o *abuso do direito de recorrer* perpetrado pela embargante, a justificar, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/15, a multa de 1,0 % sobre o valor da execução fiscal originária (esta fixada em R\$ 446.234,54 em janeiro de 2019), a ser atualizado conforme a Res. 267/CJF. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008242-88.2016.4.03.6103

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

APELANTE: UNIMED SAO JOSE DOS CAMPOS - COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogados do(a) APELANTE: LILIANE NETO BARROSO - SP276488-S, PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - MG80788-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008242-88.2016.4.03.6103

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

APELANTE: UNIMED SAO JOSE DOS CAMPOS - COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 316/666

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por UNIMED SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assimementado:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - RESSARCIMENTO AO SUS - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - NÃO OCORRÊNCIA - A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 32 DA LEI 9.656/98 JÁ FOI DECIDIDA PELO STF - VALORES TUNEP - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Cabe ao magistrado deferir a produção de provas que entender pertinentes, bem como verificar serem elas suficientes para ensejar o julgamento antecipado da lide, como ocorreu no caso concreto.
2. No tocante a prova documental suplementar, o § 2º do artigo 16 da Lei nº 6.830/80 preconiza que, *no prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos*, pelo que não há que se falar em nulidade da r. sentença por não ter sido oportunizada a juntada de prova documental suplementar, ainda mais quando a apelante nem especifica qual documento pretendia juntar aos autos.
3. “Quanto à prescrição da pretensão de cobrança do ressarcimento ao SUS, verifica-se que o acórdão recorrido está em harmonia com o entendimento do STJ de que a prescrição para a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932.” (REsp 1698860/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017).
4. No caso dos autos os valores em cobrança referem-se a atendimentos realizados pelo SUS no período de julho a setembro de 2005, a operadora foi intimada a efetuar o ressarcimento em 07/02/2007, tendo apresentado impugnação e recursos administrativos que suspenderam o prazo prescricional, foi intimada da decisão final de segunda instância em 16/12/2013, tendo sido proposta a execução fiscal em 21/11/2014; não ocorrência de prescrição.
5. Os valores indicados pela Tabela TUNEP já foram analisados à luz da razoabilidade e considerados aptos a representar os custos enfrentados pelo SUS, registrando-se que sua formação decorreu da deliberação da Diretoria Colegiada da ANS, com a participação de representantes das operadoras de planos de saúde. Despicienda a prova pericial requerida.
6. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Meras alegações de irregularidades ou de incerteza do título executivo, sem prova capaz de comprovar o alegado, não retiram da CDA a certeza e a liquidez de que goza por presunção expressa em lei. A CDA preenche todos os requisitos legais.
7. A embargante alega que os atendimentos referentes AIHs 2899347825, 2946957310, 2949697575, 2961772022, 2974048979, 2974432109, 2992649594, 3006718836, 3026929576, 3027119964 3027965094 foram prestados fora da área geográfica de atendimento da operadora e, assim o ressarcimento não seria devido. Seria necessário comprovar que o atendimento fora do local da cobertura se deu por livre escolha do usuário e não por urgência/emergência, caso em que o ressarcimento seria devido, nos termos do artigo 35-C da Lei nº 5.656/98. Precedentes desta Corte Regional.
8. No caso dos autos a embargante não comprovou nos autos que os alegados atendimentos prestados fora da área geográfica de atendimento da operadora não se deram em caráter de urgência/emergência e, dessa forma, a alegação da embargante/apelante não merece acolhida, sendo devido o ressarcimento.
9. Quanto aos os atendimentos referentes aos AIHs 2948347864, 2951558544 e 2951593326, a embargante alega que os beneficiários encontravam-se em período de carência. Consta da r. sentença que a embargante deixou de apresentar documentos que comprovem o vínculo entre o beneficiário do atendimento na rede pública e o contrato firmado entre este e a operadora. Ainda que se considerasse os “prints” trazidos aos autos pela embargante, a embargante não traz aos autos documentos que comprovem que os atendimentos prestados não se tratam de casos de urgência ou emergência, onde o ressarcimento seria devido.
10. Quanto ao atendimento referente ao AIH 2949697575, a embargante alega que o beneficiário encontrava-se em período de carência. No entanto, consta do artigo 12, V, da Lei nº 9.656/98 que em casos de urgência e emergência o prazo máximo de carência é 24 horas, e os documentos apresentados pela embargante não permitem verificar se o procedimento realizado está inserido nessa hipótese, sendo que o ônus da prova é do embargante.
11. Quanto ao atendimento referente ao AIH 2949721160, a embargante alega que o beneficiário encontrava-se em período de carência. O contrato juntado aos autos pela embargante encontra-se em branco, sem informação acerca do beneficiário.
12. Matéria preliminar rejeitada. Apelação não provida.

Requer seja sanada a *contradição* do v. acórdão. Alega impossibilidade de presunção quanto ao caráter de urgência/emergência dos atendimentos. Afirma que o texto do artigo 35-C da Lei nº 9.656/98 é expresso ao afirmar que a urgência/emergência somente será comprovada mediante declaração de médico assistente. Alega que a falta da referida declaração conduz, inclusive, à presunção contrária, qual seja, na inexistência de tal documento, então urgência/emergência não houve, já que, se tivesse havido, então tal documento deveria se fazer presente e que para se verificar a declaração do médico e o caráter do atendimento é imprescindível o acesso ao prontuário do referido atendimento e a consequente análise técnica do mesmo. Afirma que somente é possível obter acesso ao prontuário médico por meio de determinação judicial, conforme se desprende da Resolução 1931/2009, Código de Ética Médica do CFM, em razão de seu sigilo.

Requer seja sanda a contradição do v. acórdão em relação a não oportunização de provas face ao entendimento dessa C. Turma de que não teria sido comprovado pela Embargante que o atendimento não foi prestado em situação de urgência/emergência.

Requer sejam os presentes aclaratórios conhecidos e acolhidos para sanar a contradição do r. acórdão em relação à presunção de urgência/emergência dos atendimentos prestados fora de área geográfica de abrangência contratual e prestados a usuários cumprindo período de carência contratual, eis que essa C. Turma entendeu que a Embargante não comprovou que não foram prestados em urgência/emergência, sendo que ausente a "Declaração de Médico Assistente".

Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008242-88.2016.4.03.6103

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

APELANTE: UNIMED SAO JOSE DOS CAMPOS - COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogados do(a) APELANTE: LILIANE NETO BARROSO - SP276488-S, PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Turma julgadora.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado (ausência de comprovação de urgência/emergência), demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* calçados no entendimento de que a *Certidão de Dívida Ativa* goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.830/80 e que no caso dos autos a embargante não comprovou nos autos que os alegados atendimentos prestados fora da área geográfica de atendimento da operadora não se deram em caráter de urgência/emergência e, dessa forma, a alegação da embargante/apelante não merece acolhida, sendo devido o ressarcimento.

A embargante alega contradição em relação a não oportunização de produção de provas. A prova pericial contábil requerida não seria apta a comprovar a urgência/emergência do atendimento. Consta do item 2 da ementa que "No tocante a prova documental suplementar; o § 2º do artigo 16 da Lei nº 6.830/80 preconiza que, no prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos, pelo que não há que se falar em nulidade da r. sentença por não ter sido oportunizada a juntada de prova documental suplementar, ainda mais quando a apelante nem especifica qual documento pretendia juntar aos autos".

Portanto, o acórdão não padece de qualquer vício no tocante ao tema, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, manejando recurso despedido de qualquer fundamento aproveitável.

Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a inpropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl. na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.(ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o questionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de questionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)..." (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

A respeito da mesma situação aqui visualizada – abuso no exercício dos aclaratórios - colhe-se no STF que:

“Ementa: Embargos de Declaração no Agravo Interno em Embargos de Declaração em Reclamação. Indeferimento da Inicial e Fixação de Multa por Ato Atentatório à Dignidade da Justiça. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Embargos Desprovidos com Aplicação de Multa. 1. Os Embargos de Declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 2. A parte Embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, constatado o manifesto intuito protelatório. Art. 1.026, § 2º, do CPC. 4. Embargos de Declaração rejeitados.

(Rcl 24786 ED-AgR-ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

É que ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa (art. 1.026, § 2º, do CPC) de 2,00 % sobre o valor da causa (valor da causa: R\$ 75.412,15), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF.

No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É com voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE, QUE LITIGA DE MODO PROTETATÓRIO E MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ASSIM ABUSANDO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.
2. As razões veiculadas nos embargos de declaração opostos pela parte embargada, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.
3. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado (ausência de comprovação de urgência/emergência), demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* calçados no entendimento de que a *Certidão de Dívida Ativa* goza de *presunção juris tantum de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.830/80* e que *no caso dos autos a embargante não comprovou nos autos que os alegados atendimentos prestados fora da área geográfica de atendimento da operadora não se deram em caráter de urgência/emergência e, dessa forma, a alegação da embargante/apelante não merece acolhida, sendo devido o ressarcimento*.
4. A embargante alega contradição em relação a não oportunização de produção de provas. A prova pericial contábil requerida não seria apta a comprovar a urgência/emergência do atendimento. Consta do item 2 da ementa que *"No tocante a prova documental suplementar; o § 2º do artigo 16 da Lei nº 6.830/80 preconiza que, no prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos, pelo que não há que se falar em nulidade da r. sentença por não ter sido oportunizada a juntada de prova documental suplementar; ainda mais quando a apelante nem especifica qual documento pretendia juntar aos autos"*.
5. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vena utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei- **STF**, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).
6. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (**STF**, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).
7. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (**STJ**, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).
8. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (**STJ**, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).
9. Ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infrigente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de 2,00 % sobre o valor da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF.
10. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001891-13.2003.4.03.6182

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PERSI INDUSTRIAL E COMERCIAL DE METAIS LTDA - ME, DEBORA FERREIRA RODRIGUES, ROBERTO PEDRO DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001891-13.2003.4.03.6182

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PERSI INDUSTRIAL E COMERCIAL DE METAIS LTDA - ME, DEBORA FERREIRA RODRIGUES, ROBERTO PEDRO DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos pela UNIÃO em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assim ementado (ID 143776957):

AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO FEITO EM RAZÃO DA FALÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

- 1. Houve a decretação de falência da empresa executada em 27/09/1999, sendo o respectivo processo falimentar encerrado em 26/05/2006 com a ressalva de que a "firma" continuaria responsável por suas obrigações declinadas no relatório final daqueles autos.*
- 2. Muito embora a empresa tenha continuado em atividade até a ocorrência do distrato social em 22/08/2012, o encerramento da falência por si só configuraria a dissolução regular da empresa.*
- 3. O decreto de quebra equivale à extinção regular da empresa, posto que sua situação foi submetida ao Judiciário que a examinou com fundamento em lei, concluindo pela falência, o que afasta a presunção de dissolução irregular.*
- 4. Ademais, A União não fez qualquer menção quanto à existência de **prática de crime falimentar ou irregularidades na falência**, tampouco apresentou elementos que demonstrem conduta dos sócios, enquanto administradores da empresa, em abuso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto.*
- 5. Agravo interno não provido.*

Sustenta a embargante que o v. acórdão foi omissivo ao não considerar que a falência foi anterior ao distrato e a empresa continuou a funcionar e posteriormente houve o distrato arquivado na Junta Comercial (ID 145797706).

Deu-se oportunidade para resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001891-13.2003.4.03.6182

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PERSI INDUSTRIAL E COMERCIAL DE METAIS LTDA - ME, DEBORA FERREIRA RODRIGUES, ROBERTO PEDRO DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no v. acórdão.

Constou do v. Acórdão que houve a decretação de falência da empresa executada em 27/09/1999, sendo o respectivo processo falimentar encerrado em 26/05/2006 com a ressalva de que a "firma" continuaria responsável por suas obrigações declinadas no relatório final daqueles autos.

Assim, embora a empresa tenha continuado em atividade até a ocorrência do distrato social em 22/08/2012, o encerramento da falência por si só configuraria a dissolução regular da empresa.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que "o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018" (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Aliás, "No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas" (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Destarte, o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde.

O acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, in casu, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, em sede de embargos de declaração, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Assim, ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. Constou do v. Acórdão que houve a decretação de falência da empresa executada em 27/09/1999, sendo o respectivo processo falimentar encerrado em 26/05/2006 com a ressalva de que a "firma" continuaria responsável por suas obrigações declinadas no relatório final daqueles autos.

3. Assim, embora a empresa tenha continuado em atividade até a ocorrência do distrato social em 22/08/2012, o encerramento da falência por si só configuraria a dissolução regular da empresa.

4. O que se vê, in casu, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, comnítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

5. Ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art.1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

6. Embargos de declaração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000142-93.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MURILO MARCO - SP238689-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000142-93.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MURILO MARCO - SP238689-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos pela UNIÃO em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assim ementado (ID 143776413):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRÉDITO DECORRENTE DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO DA UNIÃO NÃO PROVIDO.

1. A impetrante buscava amparo judicial para um marco temporal ulterior ao trânsito em julgado de decisão proferida a favor dela, em mandado de segurança, para se valer perante o Fisco Federal de um o crédito consistente em recuperar o que recolheu indevidamente à título de PIS/COFINS com bases de cálculo infladas pelo cômputo do ICMS.

2. A questão envolve perscrutar qual seria o momento a considerar como gerador de lucro ou receita (tributáveis) em decorrência da recuperação de tributos indevidamente recolhidos à Fazenda Pública que, na espécie, foram tidos como indevidos em sede de mandado de segurança.
3. Sempre tendo em conta que o direito creditício da agravante adveio de decisão em mandado de segurança que também assegurou direito a compensação, não se pode deslembrar que a decisão favorável ao contribuinte apenas invalida o ato de autoridade ou o ato de efeitos concretos e reconhece o direito a compensação (no caso), que será executada no futuro, à medida em que forem surgindo as condições para o "encontro de contas" que é a tônica do art. 170 do CTN.
4. Excluindo a possibilidade de sentença condenatória em mandado de segurança, PONTES DE MIRANDA - impressionado por certa corrente processual do direito alemão, já superada - afirmava que a natureza precípua da sentença é "mandamental", mas pode ainda ter efeitos apenas declaratórios e constitutivos (Comentários ao CPC de 1939, V/180-181, 2ª edição, 1959).
5. Na espécie dos autos, a decisão judicial reprimiu uma conduta da autoridade fazendária que exigia certo tributo que a Corte considerou indevido (desconstituindo a relação tributária existente, por inconstitucionalidade da norma impositiva) e, sem dúvida, condenou a Fazenda Nacional/Receita Federal a submeter-se a um procedimento de compensação, que deve ser necessariamente feito conforme a lei determina (Lei 9.430/96); tratando-se de um procedimento vinculado à lei, o contribuinte que se tornou credor e o Fisco que se tornou devedor haverão de se entender conforme sejam as regras que a lei criou para a compensação possibilitada no art. 170 do CTN e que a decisão judicial impôs ao Poder Público.
6. Sucede que a decisão transitada em julgado no mandado de segurança, embora de conteúdo também condenatório, NÃO QUANTIFICOU (e nem poderia fazê-lo, na medida em que não há accertamento ou exame de fatos em sede mandamental - MS 33745 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 02/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 13-03-2018 PUBLIC 14-03-2018; RMS 34103 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 19-10-2016 PUBLIC 20-10-2016) o direito do contribuinte que emergiu do trânsito em julgado.
7. Não poderia fazê-lo, sequer, porque o Judiciário não é lançador fiscal (TRF3, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1354763 - 0013609-59.2003.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOMDI SALVO, julgado em 28/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/10/2017) e a compensação não se faz sem a efetiva participação do Fisco, a quem cabe homologar o procedimento após detido exame das declarações de compensação que o contribuinte pode ofertar.
8. Noutra dizer: o accertamento do direito a compensação se faz fora do processo de mandado de segurança; ele ocorre na instância administrativa quando o exercício do direito de crédito (a ser quantificado a tempo e modo) puder ser oposto aos interesses da Receita Federal, à medida em que surgirem os débitos do contribuinte.
9. Isso é claro, pois o exercício do direito de compensação não pode ser exercitado enquanto não se tiver conhecimento (e compreensão da respectiva quantificação) dos débitos que poderão ser nulificados com os créditos (que também dependem de cálculos).
10. Ora, se o sucesso da compensação vai depender inevitavelmente da homologação administrativa que surta eficácia extintiva do débito do contribuinte (REsp 1124537/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009 - tema repetitivo 258) já que no âmbito do Judiciário "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" (AgRg no RMS 39.625/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 05/03/2018), é claro que a homologação é o marco a ser considerado no caso posto 'sub judice'.
11. É plausível e relevante a posição da empresa no sentido de que apenas quando ocorrer a efetiva homologação pelo Fisco do pedido que formular - segundo lhe permitiu a decisão transitada em julgado - é que se poderá efetiva e realmente falar-se em riqueza nova, em disponibilidade econômica, que possam ser tributadas pelo IRPJ e pela CSLL.
12. Resta claro não se está diante de uma "situação de fato" que surgiu dentre os fenômenos geradores da obrigação tributária; na singularidade, está-se diante de uma situação jurídica, porquanto apenas com a homologação do Fisco é que a decisão judicial trântisa em julgado - que reconheceu o direito ao "encontro de contas" decorrente de PIS e COFINS recolhidos a maior - é que serão gerados receita ou lucro tributáveis pelo IRPJ e CSLL.
13. Sucede que o inc. II do art. 116 do CTN determina que considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os efeitos dele, "tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável" (destaquei). Aqui, não há dúvidas de que tudo dependerá da homologação que futuramente se fizer. Antes disso, a indefinição de valores, de parte-a-parte, impede que o trânsito em julgado do mandado de segurança tenha o efeito pretendido pela Receita Federal na Solução de Consulta SRRF 10ª Disit nº 233/2007.
14. Não incide in casu o § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92.
15. Agravo interno não provido.

Sustenta a embargante que o v. acórdão foi omissivo quanto aos artigos 43 e 116 do CTN, 286, §1º, do Decreto nº 9.580/2018, 6º, §1º do Decreto-Lei nº 1.598/7, 177 e 187, §1º, "a", da Lei 6.404/76, 100 da IN SRF 1.717/2017 e 57 da Lei nº 8.881/95 (ID 145698368).

Recurso respondido (ID 146602142).

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsomdi Salvo, Relator:

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no v. acórdão.

Pretendia a impetrante garantir o direito líquido e certo de computar, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o crédito decorrente de decisão transitada em julgado proferida em mandado de segurança somente no momento em que, e à medida que, forem homologadas as declarações de compensação (DCOMP) ou, subsidiariamente, quando e à medida das transmissões das declarações de compensação.

O agravo de instrumento foi provido em razão da plausibilidade e relevância da posição da empresa no sentido de que apenas **quando ocorrer a efetiva homologação pelo Fisco do pedido** que formular - segundo lhe permitiu a decisão transitada em julgado - é que se poderá efetiva e realmente falar-se em riqueza nova, em disponibilidade econômica, que possam ser tributadas pelo IRPJ e pela CSLL.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que "o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018" (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Aliás, "No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas" (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Destarte, o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde.

O acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, in casu, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, em sede de embargos de declaração, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Assim, ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. Pretendia a impetrante garantir o direito líquido e certo de computar, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o crédito decorrente de decisão transitada em julgado proferida em mandado de segurança somente no momento em que, e à medida que, forem homologadas as declarações de compensação (DCOMP) ou, subsidiariamente, quando e à medida das transmissões das declarações de compensação.

3. O agravo de instrumento foi provido em razão da plausibilidade e relevância da posição da empresa no sentido de que apenas **quando ocorrer a efetiva homologação pelo Fisco do pedido** que formular - segundo lhe permitiu a decisão transitada em julgado - é que se poderá efetiva e realmente falar-se em riqueza nova, em disponibilidade econômica, que possam ser tributadas pelo IRPJ e pela CSLL.

4. O que se vê, in casu, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

5. Ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art.1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

6. Embargos de declaração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5017242-13.2018.4.03.6182

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

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

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

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5017242-13.2018.4.03.6182

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

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

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

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos pela NESTLÉ BRASIL LTDA, em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assimmentado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES METROLÓGICAS. SUBSISTÊNCIA DA MULTA APLICADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTIGO 12, CDC.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova pericial tal como requerida pela embargante. Novas averiguações sobre os produtos distintos dos lotes fiscalizados seriam inúteis, pois não infirmariam a conclusão de que os primeiros produtos estavam irregulares.
2. Consta do auto de infração todos os elementos necessários, nos termos do artigo 7º da Resolução 8 de 20/12/2006 do CONMETRO.
3. Não há que se alegar nulidade do auto de infração sob a alegação de preenchimento incorreto das informações constantes do quadro demonstrativo para estabelecimento de penalidades; ainda que tenha havido algum erro em seu preenchimento, o mesmo não descaracteriza a infração.
4. Não há que se falar em Princípio da Insignificância, tendo em vista que várias unidades do mesmo produto foram submetidas à medição e reprovadas pelo critério da média, no qual é levado em consideração um desvio padrão do conjunto, que se consubstancia numa tolerância permitida pela norma técnica e, ainda, tendo em conta que o resultado obtido no exame pericial não dá margem para interpretações subjetivas.
5. A responsabilidade do fabricante é objetiva, conforme dispõe o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. A alegação genérica de que a embargante efetua o controle em sua fábrica para que não haja comercialização de produtos com peso abaixo do normal e que eventual variação de peso existente somente poderia se dar em razão de fatores externos não possui o condão de afastar a presunção de veracidade do auto de infração.
6. A escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade - incluída aqui a proporcionalidade da medida. Precedentes do STJ.
7. O valor fixado ficou dentro dos parâmetros legais bem como foram considerados os elementos constantes do processo. Não se verifica nenhuma ilegalidade na fixação da multa em dobro.
8. Matéria preliminar rejeitada. Apelação improvida.

Sustenta a embargante que o v. acórdão restou *obscuro* quanto às nulidades decorrentes do preenchimento inadequado de documentos que estabelecem o valor das multas administrativas bem como quanto à ausência de observância do artigo 9º-A da Lei nº 9.933/99 para critérios de aplicação de multas.

Requer o prequestionamento explícito das matérias versadas no recurso, especificamente dos arts. 11 e 12 da Resolução CONMETRO nº 08/2006 e arts. 8º, 9º e 9º-A da Lei nº 9.933/1999.

Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5017242-13.2018.4.03.6182

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

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

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

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Turma julgadora.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* calçados no entendimento de que *a escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade.*

Consta do item 3 da ementa que não há que se alegar nulidade do auto de infração sob a alegação de preenchimento incorreto das informações constantes do quadro demonstrativo para estabelecimento de penalidades; ainda que tenha havido algum erro em seu preenchimento, o mesmo não descaracteriza a infração.

Ainda, consta do voto do relator que a embargante alega erros no preenchimento das informações constantes no quadro demonstrativo para estabelecimento de penalidades; no entanto, não demonstrou nenhum prejuízo que essa ausência possa ter causado.

Quanto ao regulamento mencionado pelo art. 9º-A da Lei nº 9933/99, consta do voto do relator que a regulamentação prevista no artigo 9º-A da Lei nº 9.933/99 ainda não foi editada. Entretanto, esse fato não constitui óbice para que o INMETRO aplique penalidades tratadas nos artigos 8º e 9º desse diploma legal, segundo o seu convencimento e de acordo com a gravidade do ilícito praticado, desde que o faça em decisão fundamentada e que compulsando a cópia do processo administrativo em questão, verifique que as decisões finais estão amparadas em pareceres que apontam os fundamentos de fato e de direito e a legislação afeta ao tema, cumprindo os requisitos da necessária e suficiente motivação para a incidência do sancionamento.

Transcrevo os dispositivos legais apontados pela embargante.

Resolução CONMETRO nº 08, de 20 de dezembro de 2006:

“Art. 11. A existência de defeitos extrínsecos no auto de infração, que não prejudiquem a caracterização da infração e a identificação do autuado, não acarretarão a sua nulidade, desde que devidamente saneados.

Parágrafo único. Não se aplicará o disposto no "caput" deste artigo quando alguma circunstância implicar cerceamento de defesa, caso em que será dada ciência ao autuado da retificação efetuada, com devolução do prazo para defesa.

Art. 12. Observado erro essencial na lavratura do auto de infração, o mesmo deverá ter sua nulidade declarada, mediante justificativa por termo nos autos do processo, os quais deverão ser encaminhados ao agente autuante para ciência e posterior arquivamento.

Parágrafo único. Dar-se-á conhecimento ao autuado da nulidade prevista no "caput" deste artigo, sempre que já houver sido efetivada a notificação de autuação.”

Lei nº 9.933/1999:

“Art. 8º Caberá ao Inmetro ou ao órgão ou entidade que detiver delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

VI - suspensão do registro de objeto; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

VII - cancelamento do registro de objeto. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º Para a graduação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 4o Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8o deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.

§ 5o Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente.

Art. 9o-A. O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que tratam os arts. 8o e 9o. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).”

Em que pese a embargante ter apontado diversos dispositivos legais, não apontou em que consistiria a alegada *obscuridade* do acórdão embargado.

Os exatos lindes desses "omissos" embargos de declaração não permitem no caso dos autos reconhecer a ocorrência de alguma carência para rediscussão da matéria ou forçar o prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais.

Portanto, o acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de discutir a matéria já decidida, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.(ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Realmente, é certo que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, AgRg, nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)...". (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

A respeito da mesma situação aqui visualizada – abuso no exercício dos aclaratórios - colhe-se no STF que:

“Ementa: Embargos de Declaração no Agravo Interno em Embargos de Declaração em Reclamação. Indeferimento da Inicial e Fixação de Multa por Ato atentatório à Dignidade da Justiça. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Embargos Desprovidos com Aplicação de Multa. 1. Os Embargos de Declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 2. A parte Embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, constatado o manifesto intuito protelatório. Art. 1.026, § 2º, do CPC. 4. Embargos de Declaração rejeitados.

(Rcl 24786 ED-AgR-ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

É que ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidenciando-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa (art. 1.026, § 2º, do CPC) de 2,00% sobre o valor da causa (R\$ 18.125,81), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF.

No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É com voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE, QUE LITIGA DE MODO PROTETATÓRIO E MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ASSIM ABUSANDO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados na *decisum* calçados no entendimento de que *a escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade.*

3. *Consta do item 3 da ementa que não há que se alegar nulidade do auto de infração sob a alegação de preenchimento incorreto das informações constantes do quadro demonstrativo para estabelecimento de penalidades; ainda que tenha havido algum erro em seu preenchimento, o mesmo não descaracteriza a infração e, ainda, consta do voto do relator que a embargante alega erros no preenchimento das informações constantes no quadro demonstrativo para estabelecimento de penalidades; no entanto, não demonstrou nenhum prejuízo que essa ausência possa ter causado.*

4. Quanto ao regulamento mencionado pelo art. 9º-A da Lei nº 9933/99, consta do voto do relator que *a regulamentação prevista no artigo 9º-A da Lei nº 9.933/99 ainda não foi editada. Entretanto, esse fato não constitui óbice para que o INMETRO aplique penalidades tratadas nos artigos 8º e 9º desse diploma legal, segundo o seu convencimento e de acordo com a gravidade do ilícito praticado, desde que o faça em decisão fundamentada e, ainda, que as decisões finais estão amparadas em pareceres que apontam os fundamentos de fato e de direito e a legislação afeta ao tema, cumprindo os requisitos da necessária e suficiente motivação para a incidência do sancionamento.*

5. Em que pese a embargante ter apontado diversos dispositivos legais, não apontou em que consistiria a alegada *obscuridade* do acórdão embargado. Os exatos lindes desses "omissos" embargos de declaração não permitem no caso dos autos reconhecer a ocorrência de alguma carência para rediscussão da matéria ou forçar o prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais.

6. O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

7. É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

8. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

9. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

10. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

11. Ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infrigente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de 2,00 % sobre o valor da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF.

12. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007543-16.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SPAL INDUSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A

Advogados do(a) APELADO: TATIANA SUMAR SURERUS DE CARVALHO - RJ102695-A, EDUARDO MUHLENBERG STOCCO - SP330609-A, EUNYCE PORCHAT SECCO FAVERET - SP259937-A, ANTONIO CARLOS GARCIA DE SOUZA - SP106455-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007543-16.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SPAL INDUSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A

Advogados do(a) APELADO: TATIANA SUMAR SURERUS DE CARVALHO - RJ102695-A, EDUARDO MUHLENBERG STOCCO - SP330609-A, EUNYCE PORCHAT SECCO FAVERET - SP259937-A, ANTONIO CARLOS GARCIA DE SOUZA - SP106455-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos por SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S.A., em face de acórdão que negou provimento ao agravo interno.

O acórdão da Turma, de que faz parte integrante o voto, encontra-se assim ementado:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITO DE NEGATIVA. MATRIZ E FILIAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O destinatário da certidão de regularidade fiscal tem o direito de ver a empresa contribuinte **em sua integralidade**, e não *fatiada* entre matriz e filiais, pois se não for assimaquele que contrata com a firma poderá ser induzido a erro no tocante a situação patrimonial e fiscal da empresa.

Uma coisa é a existência de estabelecimentos autônomos, cada um com um CNPJ distinto (já que é em cada estabelecimento que surgem à luz os fatos geradores), outra coisa é a pessoa jurídica - aqui, uma associação - em sua completitude.

Desta forma, eventuais contratantes da autora têm o direito de conhecê-la *integralmente*, e não apenas sob seu aspecto individual (matriz). Não sendo assim, poderá ser induzido a erro e contratar com quem seria indesejável.

Não há espaço jurídico para compelir a Receita Federal a expedir **apenas a certidão que interessa à contribuinte** (*ocultando-se a realidade fiscal de sua filial*) de modo a *favorecer* a pessoa jurídica matriz nas relações que celebrar com terceiros.

Nenhuma empresa ou entidade tem direito líquido e certo de obter, *para negociar e estabelecer relações com terceiros e especialmente para receber recursos públicos*, uma certidão fiscal que *não revele* a realidade da situação da contribuinte perante o Fisco. Todos têm direito a certidões obtidas de repartições públicas; mas obviamente que a certidão deverá demonstrar a *realidade* da situação que a motivou; daí porque não há espaço para que uma empresa que vai contratar com terceiros receba uma certidão demonstrativa de apenas *uma parte* de sua situação fiscal, desde que a sociedade empresária - conquanto *fatiada* em vários estabelecimentos - é uma só.

A embargante alega o r. acórdão ora embargado não prequestionou expressamente os dispositivos constitucionais e legais que fundamentam a pretensão da EMBARGANTE e a sua conclusão, quais sejam, entre outros: a) os arts. 5º, II, XXXIV, b) e LIV, que tratam, respectivamente, (i) do princípio da legalidade, (ii) da obtenção de certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal e (iii) do devido processo legal; b) art. 37, *caput*, da CF/88, que dispõe sobre a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência pela Administração Pública direta e indireta; c) o art. 127 do CTN, que trata do domicílio fiscal do contribuinte ou responsável; e d) os arts. 205 e 206, ambos do CTN, que dispõem sobre a emissão de CERTIDÃO. Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007543-16.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SPAL INDUSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A

Advogados do(a) APELADO: TATIANA SUMAR SURERUS DE CARVALHO - RJ102695-A, EDUARDO MUHLENBERG STOCCO - SP330609-A, EUNYCE PORCHAT SECCO FAVERET - SP259937-A, ANTONIO CARLOS GARCIA DE SOUZA - SP106455-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que as partes discordem da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão**; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego dos recursos, que no ponto são de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando as partes recorrentes - a pretexto de esclarecerem uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl no EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)..". (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para cancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Alíás, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 1,00% sobre o valor corrigido da causa originária – R\$ 200.000,00, conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTETATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando inócorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando **inócorrentes seus requisitos autorizadores**. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protetatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (**dois por cento**) sobre o valor atualizado da causa. (**RE 898060 ED**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)*

A respeito da mesma situação aqui visualizada – abuso no exercício dos aclaratórios - colhe-se no STF que:

“Ementa: Embargos de Declaração no Agravo Interno em Embargos de Declaração em Reclamação. Indeferimento da Inicial e Fixação de Multa por Ato atentatório à Dignidade da Justiça. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Embargos Desprovidos com Aplicação de Multa. 1. Os Embargos de Declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 2. A parte Embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, constatado o manifesto intuito protetatório. Art. 1.026, § 2º, do CPC. 4. Embargos de Declaração rejeitados.

(Rcl24786 ED-AgR-ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

É que ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de 1,00 % sobre o valor da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF. No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, **nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU EXPRESSAMENTE DA MATÉRIA DITA "OMISSA" PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, o que não ocorre no caso.

2. A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão**; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

4. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

5. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art.1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

6. Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para cancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

7. Se o exame dos autos revela que se acham ausentes quaisquer das hipóteses para oposição dos embargos declaratórios, resta evidenciada sua improcedência manifesta, signo seguro de seu caráter apenas protelatório, a justificar, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, a multa fixada em 1% sobre o valor da causa originária. Nesse sentido: **STF**: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

8. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002746-81.2016.4.03.6102

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

APELANTE: FUNDACAO WALDEMAR BARNSLEY PESSOA

Advogado do(a) APELANTE: MATEUS ALQUIMIM DE PADUA - SP163461-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002746-81.2016.4.03.6102

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

APELANTE: FUNDACAO WALDEMAR BARNSLEY PESSOA

Advogado do(a) APELANTE: MATEUS ALQUIMIM DE PADUA - SP163461-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por FUNDACAO WALDEMAR BARNSELY PESSOA em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assimmentado (ID 90548473 – págs. 161/163):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPESSOAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS EFICIÊNCIA (ART. 37, CF), ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o decisum, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.

3. Resta consolidado o entendimento no sentido de que o prazo prescricional em desfavor da ANS, a favorecer operadoras de planos ou seguradoras de saúde, é de 5 (cinco) anos, na forma do artigo 1º, do Decreto nº 20.910/1932, não se aplicando o prazo trienal previsto no Código Civil, e, a teor do artigo 4º do referido diploma normativo, a prescrição não corre durante a tramitação do processo administrativo.

4. Correta, pois, a r. sentença ao afastar a prescrição in casu.

5. Não há que se cogitar de vício no processo administrativo, já que efetivamente a empresa não logrou indicar um só prejuízo objetivo a seus interesses ocorrido no bojo do processo administrativo. Não se decreta nulidade por si só; deve o prejudicado bem esclarecer o ponto em que o suposto vício lhe trouxe prejuízo. Ademais, a infração ocorreu mesmo, tanto assim que ao depois a empresa buscou a sua reparação ulteriormente, isto é, depois de oito meses da indevida negativa da cirurgia.

6. Vício formal na autuação consistente em erro sobre a data do fato, tendo constado a data de 7.1.2009 e não a correta, 7.1.2010: o mero erro material contido na autuação - de fácil percepção. O defeito de digitação é visível e não trouxe qualquer prejuízo para a executada, que pode se defender a contento tanto na esfera administrativa quanto por meio dos presentes embargos.

7. É exigível, na cobrança de créditos da Fazenda Nacional, o encargo previsto no Decreto-Lei n.º 1.025/69, destinado ao ressarcimento de todas as despesas para a cobrança judicial da dívida pública da União - naquelas incluídos os honorários advocatícios.

8. Agravo interno não provido.

Requer o pronunciamento específico quanto ao artigo 21 da Resolução Normativa nº 48/2003, que regulamenta o artigo 29 da Lei nº 9.656/1998, bem como ao artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, suscitados em razão da violação ao direito ao contraditório e ampla defesa no processo administrativo (ID 90548474 – págs 1/2).

Recurso respondido (ID 90548474 – págs. 5/7).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002746-81.2016.4.03.6102

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: FUNDACAO WALDEMAR BARNSELY PESSOA

Advogado do(a) APELANTE: MATEUS ALQUIMIM DE PADUA - SP163461-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.

Cuida-se de embargos a execução de multa imposta pela ANS à recorrente, em virtude de haver descumprido o quanto pactuado em plano de saúde.

O v. acórdão embargado foi claro ao concluir que não há que se cogitar de vício no processo administrativo, já que efetivamente a empresa não logrou indicar um só prejuízo objetivo a seus interesses ocorrido no bojo do processo administrativo. Não se decreta nulidade por si só; deve o prejudicado bem esclarecer o ponto em que o suposto vício lhe trouxe prejuízo. Ademais, a infração ocorreu mesmo, tanto assim que ao depois a empresa buscou a sua reparação ulteriormente, isto é, depois de oito meses da indevida negativa da cirurgia.

Assim, o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Turma julgadora.

Portanto, o acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, em sede de embargos de declaração, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

A respeito da mesma situação aqui visualizada – abuso no exercício dos aclaratórios - colhe-se no STF que:

“Ementa: Embargos de Declaração no Agravo Interno em Embargos de Declaração em Reclamação. Indeferimento da Inicial e Fixação de Multa por Ato atentatório à Dignidade da Justiça. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Embargos Desprovidos com Aplicação de Multa. 1. Os Embargos de Declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 2. A parte Embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, constatado o manifesto intuito protelatório. Art. 1.026, § 2º, do CPC. 4. Embargos de Declaração rejeitados.

(Rcl 24786 ED-AgR-ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

É que ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidenciando o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de 0,5 % sobre o valor da causa – R\$ 92.891,52 (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF. No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. Cuida-se de embargos a execução de multa imposta pela ANS à recorrente, em virtude de haver descumprido o quanto pactuado em plano de saúde.

3. O v. acórdão embargado foi claro ao concluir que não há que se cogitar de vício no processo administrativo, já que efetivamente a empresa não logrou indicar um só prejuízo objetivo a seus interesses ocorrido no bojo do processo administrativo. Não se decreta nulidade por si só; deve o prejudicado bem esclarecer o ponto em que o suposto vício lhe trouxe prejuízo. Ademais, a infração ocorreu mesmo, tanto assim que ao depois a empresa buscou a sua reparação ulteriormente, isto é, depois de oito meses da indevida negativa da cirurgia.

4. O que se vê, in casu, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

5. Ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art.1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

6. Evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de 0,5 % sobre o valor da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF. No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

7. Embargos de declaração rejeitados, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000702-10.2016.4.03.6100

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

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: MARCOS ROBERTO LEITE SIQUEIRA, ALESSANDRA DO AMARAL MARCOLONGO, MARCIA MION

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000702-10.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: MARCOS ROBERTO LEITE SIQUEIRA, ALESSANDRA DO AMARAL MARCOLONGO, MARCIA MION

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsomdi Salvo,

Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos tempestivamente pelo CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREF4/SP, em face de acórdão proferido por esta Sexta Turma, em 17/9/2020, no julgamento de agravo interno interposto pela referida autarquia, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 23/3/2020 que negou provimento à apelação interposta pela autarquia, mantendo a sentença que julgou procedente ação “*para determinar a suspensão do registro profissional dos autores junto ao réu, Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região, e reconhecer a inexigibilidade das anuidades a partir de 2016 e apenas enquanto permanecer a designação para cargos de natureza administrativa, diversos da efetiva atividade de docência em atividades físicas e desporto, pelo que extingo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil*”.

Alega a existência de omissão relativa aos seguintes pontos: os cargos ocupados pelos embargados exigem a manutenção da regularidade do registro profissional junto ao conselho; o fato gerador para a cobrança das anuidades é o registro profissional e não o efetivo exercício da profissão. Aduz que não houve manifestação sobre a violação ao artigo 37, V da Constituição Federal e ao artigo 5º da Lei nº 12.514/2011.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000702-10.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A
Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A
Advogado do(a) APELADO: SONIA MARIA FIORI - SP135137-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo,

Relator:

Do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" da parte recorrente.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "(...) Ademais, o órgão julgador não está obrigado a responder a questionamentos das partes, mas apenas a declinar as razões de seu convencimento motivado, como de fato ocorre nos autos" (AgInt nos EDcl no AREsp 1445088/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 19/12/2019); "Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder; um a um, a todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado" (EDcl no AgInt nos EREsp 703.188/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 10/09/2019, DJe 17/09/2019); "Está pacificado nesta Corte que o julgador não está obrigado a responder questionamentos ou teses das partes, nem mesmo ao prequestionamento numérico. Nesse sentido, são os precedentes: EDcl na APn 843/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2018, DJe 23/04/2018) (destaques não constantes no original; EDcl no AgInt no AREsp 917.927/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017) (destaques não constantes no original; EDcl no AgInt no AREsp 917.927/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017) (destaques não constantes no original)" (AgInt no REsp 1729919/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018).

O acórdão embargado tratou com clareza da matéria recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do artigo 1.022 do Código de Processo Civil - que as partes discordem da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A ementa do julgado é clara e cristalina quanto ao posicionamento adotado por esta Turma no que concerne ao fato gerador do registro e do pagamento das anuidades devidas ao CREF. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

*1. Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREF4/SP, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 23/3/2020 que **negou provimento à apelação** interposta pela autarquia, mantendo a sentença que julgou procedente ação "para determinar a suspensão do registro profissional dos autores junto ao réu, Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região, e reconhecer a inexigibilidade das anuidades a partir de 2016 e apenas enquanto permanecer a designação para cargos de natureza administrativa, diversos da efetiva atividade de docência em atividades físicas e desporto, pelo que extingue o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil".*

2. O fato gerador do registro e do pagamento das anuidades devidas ao CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA é o exercício das atividades descritas no artigo 3º da Lei nº 9.696/98, "nas áreas de atividades físicas e do desporto", de forma que a referida obrigação não se justifica diante do exercício de atividade diversa, exatamente a hipótese dos autos, na qual os autores demonstraram a designação deles para a prestação de serviços administrativos junto à Diretoria de Ensino.

3. Agravo interno improvido".

O que o embargante pretende, na verdade, é emprestar efeito infringente ao recurso, para que seja rediscutido o mérito da questão que alega ter sido objeto de omissão, providência incompatível com a sua natureza.

Dessa forma, as razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, na verdade, o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do artigo 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1603264/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e sua finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, ARE 869136 AgR-ED-EDv-AgR-ED-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020).

Pelo exposto, nego provimento aos embargos de declaração.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO ADEAPERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" da parte recorrente. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AgInt nos EDcl no AREsp 1445088/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 19/12/2019; EDcl no AgInt nos EREsp 703.188/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 10/09/2019, DJe 17/09/2019; AgInt no REsp 1729919/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018.

2. O fato gerador do registro e do pagamento das anuidades devidas ao CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA é o exercício das atividades descritas no artigo 3º da Lei nº 9.696/98, "nas áreas de atividades físicas e do desporto", de forma que a referida obrigação não se justifica diante do exercício de atividade diversa, exatamente a hipótese dos autos, na qual os autores demonstraram a designação deles para a prestação de serviços administrativos junto à Diretoria de Ensino.

3. A pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do artigo 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1603264/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018).

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000534-40.2019.4.03.6120

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

APELADO: IRMAOS RUSCITO LTDA

Advogados do(a) APELADO: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A, MICHELLE DE CARVALHO CASALE FAUVEL - SP273650-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000534-40.2019.4.03.6120

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IRMAOS RUSCITO LTDA

Advogados do(a) APELADO: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A, MICHELLE DE CARVALHO CASALE FAUVEL - SP273650-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela União Federal perante acórdão em que esta Sexta Turma, por maioria, negou provimento a seu agravo. Segue sua ementa:

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS, DO ISS E DO ICMS-ST DESTACADOS DAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). REPETIÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

A União Federal, com fins de prequestionamento, argui: a necessidade de sobrestamento do feito; a falta de fundamentação quanto à identificação do ICMS destacado e a inexistência de pedido nesse sentido; a adoção da Solução de Consulta COSIT 13/18 e do ICMS a recolher; a constitucionalidade da inclusão do ISS; e a inaplicabilidade do quanto decidido no RE 574.706 para o ICMS-ST, e, sucessivamente, da necessidade de exclusão do ICMS-ST do substituído para aquele que revende ao consumidor final.

Resposta.

É o relatório.

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Quanto ao ISS, fez-se a devida análise para a pronta aplicabilidade da tese fixada no RE 574.706. Segue:

“É certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Melo), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, **pela última vez**, por mais **180 dias** (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: “O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsp 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)...” (AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017).

À míngua de pronunciamento conclusivo do STF, há de prevalecer a jurisprudência já firmada”.

O mesmo se diga para o ICMS-ST:

“A partir do teor do paradigma aqui utilizado, exclui-se da base de cálculo do PIS/COFINS não só o ICMS apurado pela impetrante na qualidade de contribuinte, como também na qualidade de substituído tributário, em operações de mercadorias cujos fornecedores estejam obrigados a antecipar o ICMS devido na sua revenda (a substituição tributária para frente).

Nada obstante o ICMS ser recolhido pelo fornecedor (o substituto tributário), o valor devido participa da formação de preço da mercadoria quando da sua revenda ao consumidor final, inclusive com identificação em nota fiscal e devida escrituração. O custo do imposto estadual circula também na operação seguinte àquela em que houve a antecipação. Por isso, em sendo receita de titularidade da Fazenda Estadual, aquele custo deve ser excluído de toda a cadeia produtiva para fins de apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, obedecendo-se assim à tese fixada pelo STF no RE 574.706.

Por decorrência lógica, o direito à exclusão do ICMS-ST pelo substituído passa pela prática do fato gerador do imposto pelo mesmo – a circulação de mercadoria -, cuja receita será ofertada à tributação do PIS/COFINS.

O regime de substituição é técnica legal de arrecadação, não desnaturando a natureza do ICMS. O imposto continua a incidir sobre cada circulação da mercadoria na cadeia operacional – salvo adotada isenção ou alíquota zero -, ficando apenas a arrecadação concentrada em determinada fase daquela cadeia. Deveras, há incidência tributária quando da venda de mercadorias realizada pelo substituído tributário, mas, por força de lei, a responsabilidade pelo recolhimento ficou a cargo de pessoa antecedente – presumido aqui o fato gerador - ou ficará a cargo de pessoa posterior ao substituído, de forma a facilitar a fiscalização daquele recolhimento.

Partindo desta premissa, o art. 150, § 7º, da CF e o art. 10 da LC 87/93 (Lei Kandir) conferem ao substituído tributário, na substituição para frente, o direito de pleitear a restituição caso o fato gerador do ICMS antecipado não venha a ocorrer. É ele quem praticaria o fato gerador e foi ele quem suportou o encargo tributário com o pagamento do preço da mercadoria na operação anterior, Nada mais justo que também seja ele o titular do direito creditório resultante da inexistência do fato gerador”.

Registre-se que o direito à exclusão e à repetição independe da operação configurar elemento final da cadeia econômica (ser destinada ao consumidor), vez que tal requisito não foi imposto pelo STF ao admitir a inexigibilidade do PIS/COFINS sobre os valores do ICMS. Logo, o direito deve ser isonômico, conferido da mesma forma aos contribuintes, seja sob o regime direto ou de substituição tributária.

Não há que se falar, portanto, na existência de vício (de contradição ou omissão) a macular a decisão vergastada, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Ainda, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS DESTACADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. TESE APLICÁVEL PARA O ISS E PARA ICMS-ST. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0020274-42.2013.4.03.6100

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

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0020274-42.2013.4.03.6100

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

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo,

Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos tempestivamente pelo DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT, em face de acórdão proferido por esta Sexta Turma em 1/10/2020, no julgamento de agravo interno interposto pelo mesmo, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 4/6/2020 que rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação interposta pela referida autarquia.

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno.

Nas razões dos presentes aclaratórios, o DNIT alega, para fins de questionamento, a existência de omissão no acórdão, quanto aos dispositivos legais em que amparados os seguintes pontos: responsabilidade subjetiva da Administração, que exige a comprovação da culpa ou dolo, do dano e relação de causalidade; imprudência ou imperícia do condutor do veículo.

Foi apresentada contraminuta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0020274-42.2013.4.03.6100

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

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 346/666

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo,

Relator:

Do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" da parte recorrente.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "(...) Ademais, o órgão julgador não está obrigado a responder a questionamentos das partes, mas apenas a declinar as razões de seu convencimento motivado, como de fato ocorre nos autos" (AgInt nos EDcl no AREsp 1445088/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 19/12/2019); "Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, a todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado" (EDcl no AgInt nos EREsp 703.188/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 10/09/2019, DJe 17/09/2019); "Está pacificado nesta Corte que o julgador não está obrigado a responder questionamentos ou teses das partes, nem mesmo ao prequestionamento numérico. Nesse sentido, são os precedentes: EDcl na APn 843/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2018, DJe 23/04/2018) (destaques não constantes no original; EDcl no AgInt no AREsp 917.927/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017) (destaques não constantes no original; EDcl no AgInt no AREsp 917.927/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017) (destaques não constantes no original)" (AgInt no REsp 1729919/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018).

Na hipótese dos autos, a decisão embargada apreciou com clareza a matéria recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, inclusive, com fulcro na jurisprudência do Colendo STF, do Egrégio STJ e desta Corte Federal, nada importando - em face do artigo 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A ementa do julgado é clara e cristalina quanto ao posicionamento adotado por esta Turma no que concerne às questões aventadas no recurso:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. DNIT. AÇÃO REGRESSIVA. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto pelo DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 4/6/2020 que rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação interposta pela referida autarquia.

2. Não há que se cogitar de ausência de interesse de agir da seguradora, tendo em vista que, consoante fundamentado na r. sentença combatida, "justifica-se a posição da seguradora como sub-rogada nos direitos e ações que competiriam à proprietária do veículo envolvido no acidente em debate, Sra. Juscileia Alaide Riboli, contra o responsável pelas avarias em seu veículo". Por sua vez, a rejeição da questão preliminar de mérito relativa à prescrição trienal deve ser mantida, eis que consonante com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1267108/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 13/03/2018.

3. Constatado de forma inequívoca que o acidente foi provocado pela falta de conservação, manutenção e sinalização de advertência da rodovia federal (existência de buracos), surge a obrigação de indenizar da autarquia ré. A prova sobre a dinâmica dos fatos escancarou o nexo etiológico entre o descaso do DNIT pelas suas tarefas autárquicas, e o evento que resultou nos danos causados ao veículo segurado pela autora. Nesse sentido: PRIMEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0010584-18.2015.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2020; TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0012985-58.2013.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/12/2019.

4. A jurisprudência atual de ambas as Turmas do STF, é no sentido de que a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do poder público (ARE 842088 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015 - ARE 956285 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016). E constitui jurisprudência consolidada do STJ a responsabilidade causal do DNIT por acidente que envolve veículo e animal que atravessa a pista de rolamento: AgInt no AgInt no REsp 1631507/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018 - AgInt no REsp 1718201/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018.

5. Foi realizado orçamento de reparo, tendo sido efetivado o pagamento à seguradora da indenização devida, conforme termo de quitação, de modo que a dívida do DNIT sobre o montante ressarcível é só dele.

6. Agravo interno improvido”.

O que o embargante pretende, na verdade, é emprestar efeito infringente ao recurso, para que seja rediscutido o mérito das questões e reformado o conteúdo do julgado, que alega ter sido objeto de omissão, providência incompatível com sua natureza.

Dessa forma, as razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, na verdade, o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do artigo 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1603264/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e sua finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, ARE 869136 AgR-ED-EDv-AgR-ED-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020).

Pelo exposto, **nego provimento aos embargos de declaração.**

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" da parte recorrente. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ: AgInt nos EDcl no AREsp 1445088/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 19/12/2019; EDcl no AgInt nos EREsp 703.188/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 10/09/2019, DJe 17/09/2019; AgInt no REsp 1729919/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018.

2. O acórdão embargado tratou com clareza da matéria recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do artigo 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

3. A pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do artigo 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1603264/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018).

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0020681-48.2013.4.03.6100

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

APELANTE: NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0020681-48.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos por NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A., em face de acórdão que negou provimento ao agravo interno.

O acórdão da Turma, de que faz parte integrante o voto, encontra-se assimementado:

AGRAVO INTERNO - ADMINISTRATIVO - RESSARCIMENTO AO SUS - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98 - UTILIZAÇÃO DA TABELA TUNEP E ÍNDICE IVR – ANS. PRESCRIÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

Rejeita-se a matéria preliminar tendo em vista que não houve a apontada contradição/omissão no julgado, sendo que a sentença expressamente afastou a aplicação da prescrição na debatida cobrança e confirmou a legalidade do instituto do ressarcimento ao SUS e dos valores cobrados pela Agência Reguladora.

A obrigação de ressarcir em referência não decorre de ilícito contratual ou extracontratual, mas de lei ordinária editada para cumprimento de finalidade constitucional. Cabível, então, a analogia com o prazo de prescrição administrativa previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, que cuida do efeito no tocante às dívidas passivas da União.

O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADI nº 1.931/DF e declarou a constitucionalidade do ressarcimento em análise.

*A obrigação de ressarcimento veiculada pela Lei nº 9.656/98 é constitucional, pois condizente com os mandamentos constitucionais estabelecidos da **execução indireta** das ações e serviços públicos de saúde e seu financiamento por fontes outras, não abrangidas pelos orçamentos públicos.*

Ademais, a constitucionalidade das leis se presume, e o Supremo Tribunal Federal não proclamou a inconstitucionalidade da questionada obrigação de ressarcimento, nos termos da ADI 1.931 MC/DF.

Quanto ao emprego da tabela TUNEP sobre o valor lançado no documento do SUS de autorização, julga-se que não é ilegal, porquanto, para além de ser método de cálculo de ressarcimento ao SUS, está amparado pela norma do § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Além disso, a requerente não demonstrou que os valores pretendidos pela requerida encontram-se em desacordo com os preços de mercado dos procedimentos médicos.

A Lei nº 9.656/98 aplica-se aos fatos decorrentes de contratos de prestação de serviços celebrados anteriormente ao início de sua vigência, haja vista que disciplina a relação jurídica entre as operadoras e o SUS.

Desde que os fatos geradores da obrigação de ressarcimento ocorram após a vigência da norma, não se há falar em sua retroatividade.

As prestadoras privadas de serviços de saúde devem obediência às normas de ordem pública editadas posteriormente à celebração dos contratos com os segurados.

No tocante aos procedimentos realizados fora da rede credenciada e/ou da abrangência geográfica da autora permanece a obrigação de ressarcimento do atendimento prestado aos beneficiários do plano de saúde uma vez que a legislação de regência assegura a obrigatoriedade da cobertura contratual em casos de urgência e emergência, cabendo à autora a comprovação do infratamento à regra fixada na Lei nº 9.656/98.

Com relação às AIHs impugnadas, com as alegações de custo operacional, atendimento referente a acidente de trabalho, plano de saúde suspenso e de que os serviços e procedimentos médicos oferecidos pelo SUS aos seus segurados não eram contratualmente cobertos, a operadora não demonstrou documentalmente, ter pleiteado administrativamente perante a ANS, as exclusões, o que demonstra serem tais exclusões ilegais em face da obrigatoriedade da cobertura mínima estabelecida em lei. A apelante deveria ter demonstrando cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o onus probandi, consoante preceitua o artigo 333, I, do CPC/73, vigente à época, atual artigo 373, I, do CPC/2015. Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher os pedidos formulados.

Agravo interno improvido.

A embargante alega a necessidade de conhecimento da extensão dos efeitos da declaração da constitucionalidade do ressarcimento proferida pelo Eg. Supremo Tribunal Federal nos autos do recurso extraordinário 597.064 (representativo da controvérsia) no julgamento ocorrido em 07/02/2018. Requer um pronunciamento quanto a aplicação do artigo 9º e 10 do DECRETO LEI 20.910/32 (que fundamentou a aplicação da prescrição), devendo a r. decisão ser aclarada e por consequência reformada e também que o v. acórdão esclareça a questão contratual, relativa a violação ao *caput* do artigo 32 da Lei 9656/98, e ainda com relação a TUNEP, ante o que restou assentado no Re nº 597.064. Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0020681-48.2013.4.03.6100

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

APELANTE: NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que as partes discordem da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão**; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego dos recursos, que no ponto são de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando as partes recorrentes - a pretexto de esclarecerem uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)...". (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para chancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Além disso, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa originária – R\$ 47.565.45, conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaque):

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTETATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando inócorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando **inócorrentes seus requisitos autorizadores**. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protetatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (**dois por cento**) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)*

A respeito da mesma situação aqui visualizada – abuso no exercício dos aclaratórios - colhe-se no STF que:

“Ementa: Embargos de Declaração no Agravo Interno em Embargos de Declaração em Reclamação. Indeferimento da Inicial e Fixação de Multa por Ato atentatório à Dignidade da Justiça. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Embargos Desprovidos com Aplicação de Multa. 1. Os Embargos de Declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 2. A parte Embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, constatado o manifesto intuito protetatório. Art. 1.026, § 2º, do CPC. 4. Embargos de Declaração rejeitados.

(Rcl24786 ED-AgR-ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

É que ausente omissão ou contradição justificadora da oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de 2,00 % sobre o valor da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF. No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, **nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU EXPRESSAMENTE DA MATÉRIA DITA "OMISSA" PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, o que não ocorre no caso.

2. A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão**; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

4. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

5. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art.1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

6. Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para chancear sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

7. Se o exame dos autos revela que se acham ausentes quaisquer das hipóteses para oposição dos embargos declaratórios, resta evidenciada sua improcedência manifesta, signo seguro de seu caráter apenas protelatório, a justificar, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, a multa fixada em 2% sobre o valor da causa originária. Nesse sentido: STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

8. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004165-52.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONFECÇÕES GLOBE LTDA

Advogado do(a) APELADO: ANGELO NUNES SINDONA - SP330655-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004165-52.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONFECÇÕES GLOBE LTDA

Advogado do(a) APELADO: ANGELO NUNES SINDONA - SP330655-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão assim ementado:

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). COMPENSAÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

A embargante sustenta, com fins de prequestionamento, a necessidade de suspensão do feito, a falta de fundamentação e a caracterização de inovação recursal ao se delimitar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, e, sucessivamente, que o ICMS a recolher seja excluído.

Resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004165-52.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONFECÇÕES GLOBE LTDA

Advogado do(a) APELADO: ANGELO NUNES SINDONA - SP330655-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **negou provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS DESTACADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003214-68.2018.4.03.6108

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOETHE SANTOS & CIA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: FERNANDO MARTINS DA SILVA - PR17108-A, ALEXANDRE TOSCANO DE CASTRO - PR26053-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003214-68.2018.4.03.6108

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOETHE SANTOS & CIA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: FERNANDO MARTINS DA SILVA - PR17108-A, ALEXANDRE TOSCANO DE CASTRO - PR26053-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão assimementado:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO DE PIS/COFINS POR INSUMOS. DESPESAS DE VENDAS, FINANCEIRAS E ADMINISTRATIVAS NÃO SE ADEQUAM AO CONCEITO FIXADO PELO STJ NO RESP 1.221.170. CUSTO DO TRANSPORTE ATRELADO À AQUISIÇÃO DE INSUMOS. CREDITAMENTO. A ATIVIDADE DE TRANSPORTE DAS MERCADORIAS É INTRÍNSECA AO OBJETO SOCIAL. OS RESPECTIVOS CUSTOS FICAM ENQUADRADOS COMO INSUMOS. IMPOSSIBILIDADE DE SE IDENTIFICAR TODOS OS CUSTOS ELENCADOS COMO INSUMOS A PARTIR TÃO SOMENTE DO OBJETO SOCIAL DA IMPETRANTE. RECURSO E REEXAME PARCIALMENTE PROVIDOS PARA CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA. 1. Questão de ordem acolhida para substituição de acórdão anterior (ID nº 141262407) que apresentava erro material por esse. 2. O conceito de insumo previsto nas Leis 10.637/02 e 10.833/03 para fins de creditamento do PIS/COFINS sofreu recente interpretação pelo STJ, afastando-se a delimitação imposta pelas IN's SRF 247/02 e 404/04. Assentou-se, por maioria, a teoria intermediária exposta pelos E. Min's Mauro Campbell e Regina Helena Costa, e acompanhada pelo E. Ministro Relator, ficando o significado de insumo vinculado à essencialidade ou relevância do bem ou do serviço frente ao desenvolvimento do processo produtivo desempenhado pelo contribuinte, seja sua consuntibilidade direta ou indireta naquele processo. 3. Tomou-se por premissa a impossibilidade de se equiparar o conceito de insumo no sistema não cumulativo do PIS/COFINS com aquele utilizado para o creditamento do IPI, como disposto pelas IN SRF 247/02 e na IN 404/04, já que os tributos refletem signos econômicos distintos e ausente norma legal autorizando a equiparação. Ficou consignado que a restrição da incidência do IPI a saída de produtos industrializados permite a restrição de seu creditamento a insumos que participem diretamente do processo de industrialização, como aventado em sua legislação de regência. Por seu turno, o escopo do PIS/COFINS abrange a receita ou o faturamento empresarial, fato gerador mais amplo e não conexo a determinado produto, não admitindo igual restrição quando regido pela não cumulatividade. 4. Afastou-se também a equiparação do conceito àquele previsto para o IRPJ – mais precisamente, a equiparação ao conceito de custas e despesas –, sob pena de se confundir o PIS/COFINS com a CSLL. Com efeito, admitir amplo creditamento, não só sobre bens e serviços vinculados à atividade empresarial pela essencialidade ou relevância, acabaria por tornar incidente o PIS/COFINS sobre o lucro operacional, restringindo a fonte de custeio para a Seguridade Social prevista no art. 195, I, b, da CF. 5. Excluídos os parâmetros previstos para o IPI e para o IRPJ, balizou-se o termo insumo para fins de creditamento do PIS/COFINS a partir da essencialidade e relevância de determinado bem ou serviço no processo produtivo realizado pelo contribuinte daquelas contribuições. Concluiu-se que o conceito de insumo para o creditamento do PIS/COFINS não se confunde com o conceito de custos e despesas previstos para o imposto de renda, pois se deturparia o fato gerador constitucionalmente previsto para aquelas contribuições sociais, identificando a ideia de receita/faturamento com a de lucro empresarial. 6. Ao apontar a diferenciação, o E. Min. Mauro Campbell, trazendo as lições de José Carlos Marion, elenca como despesas operacionais não identificadas como insumos as seguintes notas contábeis: as despesas de vendas, incluindo os custos de promoção do produto até sua colocação ao consumidor (comercialização e distribuição); as despesas administrativas, sendo aquelas necessárias para administrar a empresa; e as despesas financeiras, relativas a remunerações aos capitais de terceiros. 7. Acolhendo o posicionamento, tem-se como indevido o creditamento perante as seguintes despesas de caráter financeiro: yy) despesas bancárias com cobrança e encargos financeiros; bem como as seguintes despesas de caráter comercial: mm) despesas com feiras, exposições, marketing e publicidade. 8. Afasta-se também o creditamento das seguintes despesas administrativas: z) Material de expediente; bb) Cessão de software; cc) Serviços de limpeza e conservação; nn) material de segurança; oo) viagens e estadias com viagens do pessoal ligado aos setores administrativos e operacionais; pp) manutenção de móveis e utensílios relacionados aos setores administrativos e operacionais; qq) manutenção de veículos próprios utilizados pelos setores administrativos e operacionais; rr) Despesas com informática, inclusive processamento e transmissão de dados, relacionadas aos setores administrativos e operacionais; ss) bens de natureza permanente, que em razão do baixo valor não enquadrados no ativo permanente, ligados aos setores administrativos e operacionais; tt) transporte de documentos com motoboy, voltado aos setores administrativos; uu) refeições e lanches para funcionários dos setores administrativos e operacionais em viagens; vv) materiais de limpeza utilizados nos setores administrativos e setores operacionais; ww) serviços de profissionais jurídicos em face da legislação de trânsito; xx) Telefonia telefones fixo e celular ligados aos setores administrativos e aos setores operacionais. 9. Não se nega que parte do trabalho dispendido na empresa por seus empregados é essencial e relevante para seu processo produtivo, caracterizando a contraprestação por este trabalho, em última instância, como insumo. Porém, o creditamento do PIS/COFINS segue os ditames legais e, no ponto, o art. 3º, §2º, I, das Leis 10.637/02 e 10.833/03 expressamente vedam o direito de crédito quanto a valores de mão de obra pagas a pessoa física. A jurisprudência firmada pelo STJ em nada afetou o referido termo legal, submetido o regime não cumulativo previsto no art. 195, § 12, da CF ao regramento legal. 10. Fica vedado o creditamento quanto a: dd) refeições, uniformes, alimentação, inclusive sob a forma de vale-refeição ou vale-alimentação e vale-transporte; ee) despesas com a folha de pagamento dos motoristas; ff) comissões a representantes comerciais; gg) assistência médica (Planos de Saúde) paga em benefícios dos funcionários; hh) uniformes disponibilizados aos funcionários; ii) despesas com automóveis próprios para deslocamento de pessoal, transporte de funcionários e vale-transporte de funcionários; jj) alimentação de funcionários dos setores administrativos e das áreas operacionais; ll) selos ANTT, taxas DETRAN, CONTRAN e outros, cursos e treinamentos, p. ex. Curso para Motoristas Obrigatório pelo Código de Trânsito Brasileiro TPP/ MOPP (Movimentação Operacional de Produtos Perigosos) pagos em prol dos funcionários dos setores operacionais e administrativos, incluindo despesas necessárias como, p. ex., deslocamento e hotéis em outras localidades. Em determinadas notas – o pagamento de planos de saúde e as despesas com automóveis e transporte de funcionários - afasta-se também a relevância e a essencialidade dos custos para a atividade empresarial, ausente determinação legal para tanto. 11. Atenta-se para o conceito de relevância de um insumo também quando derivado de uma imposição legal. Ocorre que a impetrante apenas elencou uma série de custos suportados na atividade empresarial, sem provar sua existência – impossibilitada a presunção de sua ocorrência - ou especificar qualquer exigência normativa que os justificasse, lembrando que, utilizada a via mandamental, deveria se desincumbir do ônus já em sua inicial, com a documentação pertinente. Não o fazendo, fica afastado o direito líquido e certo de se creditar das seguintes despesas: s) equipamentos de proteção

individual – EPI; t) equipamentos para a sinalização e isolamento a área a ocorrência, em caso de avaria do veículo, acidente ou emergência nas rodovias; z) serviços de inspeção veicular e II) selos ANTT, taxas DETRAN, CONTRAN e outros, cursos e treinamentos, p. ex. Curso para Motoristas Obrigatório pelo Código de Transito Brasileiro TPP/ MOPP (Movimentação Operacional de Produtos Perigosos) pagos em prol dos funcionários dos setores operacionais e administrativos. 12. Não há de se confundir o conceito de insumo com o de carga tributária ou de encargos administrativos incidentes na operação empresarial, não se adequando como tal despesas decorrentes de taxas devidas ao DETRAN ou de encargos exigidos pela ANTT. 13. De acordo com sua inicial, a impetrante tem por objeto social o tratamento de madeiras em geral, indústria e comércio varejista e atacadista de madeiras tratadas, in natura e dormentes de concreto e serviços de serraria sem desdobramentos de madeiras, utilizando **frota própria** de veículos automotores para o transporte de suas mercadorias. Os custos de frete ou transporte e armazenagem têm disciplina específica no art. 3º, IX, da Lei 10.833/03, garantindo o creditamento referente àqueles valores quando da aquisição de insumos (art. 3º, II) ou de produtos para revenda (art. 3º, I), **caso o ônus seja suportado pelo vendedor**. Nestas situações, somente quando integrantes do custo de aquisição de um insumo ou de um produto para revenda, poderão integrar a base de cálculo dos créditos de PIS/COFINS (ApCiv 5011674-68.2018.4.03.6100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/12/2019). Nesse ponto, conclui-se pela admissibilidade do creditamento quanto ao “q) frete aplicado na prestação de serviços e no transporte de insumos”. 14. Em se tratando de atividade empresarial cujo objeto não se resume à alienação dos produtos oferecidos, como também abarca o transporte daquelas mercadorias até o adquirente, sendo este serviço ponto nodal daquela atividade, tem-se que os custos dispendidos no transporte ficam caracterizados como insumo para fins de creditamento do PIS/COFINS. Precedentes. 15. Observadas as características de seu objeto social, tem a impetrante o direito de tomar créditos de PIS/COFINS advindos das aquisições de combustíveis, lubrificantes e autopeças utilizadas em seus veículos para o transporte de mercadorias ao adquirente. Por ser decorrência lógica do serviço de transporte, bem como dos termos do inciso IX do art. 3º da Lei 10.833/03, assegura-lhe também o creditamento perante: os custos de armazenagem daquelas mercadorias; o aluguel de veículos; o seguro de carga obrigatório por parte do transportador, conforme art. 20, alíneas ‘h’ e ‘m’, do Decreto-lei nº 73/66 e art. 13, da Lei nº 11.442/2007; o custo de serviços de carga e descarga; e o custo de serviços de subcontratação de serviços de transporte e armazenagem. 16. Demais notas tidas como dispêndios referentes ao serviço de transporte não permitem tal presunção, exigindo da impetrante não só a prova de sua existência, como da sua efetiva imprescindibilidade ou relevância para a operação empresarial, seja para fins de segurança da mercadoria e do próprio transporte, monitoramento, ou pelas exigências do mercado em que atua. Notadamente, impossibilitado o juízo de deduzir a qualidade da despesa diante tão só do objeto social da parte, cumpre a mesma a sua comprovação – e de pronto, escolhida a via mandamental.

Deu-se à causa o valor de R\$ 200.000,00.

A embargante, para fins de prequestionamento, aponta as seguintes omissões: a natureza e a finalidade constitucionais das contribuições sociais impede a ampliação de conceitos relacionados a restrições da respectiva incidência tributária; a impossibilidade de se deturpar o conceito de insumo para abarcar outros, como o de ativo permanente imobilizado – veículos e peças nestes aplicadas e utilizadas para a sua manutenção -; e a impossibilidade de se equiparar os conceitos de receita e de lucro.

Resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003214-68.2018.4.03.6108

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

APELADO: SOETHE SANTOS & CIA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: FERNANDO MARTINS DA SILVA - PR17108-A, ALEXANDRE TOSCANO DE CASTRO - PR26053-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A decisão é clara ao adotar os critérios definidos pelo STJ em sede de repetitivos (REsp 1.221.170), mais precisamente de essencialidade ou relevância dos bens e serviços utilizados na atividade empresarial, atentando-se também para as balizas ali utilizadas de distinção dos conceitos de receita e de lucro – afastando-se do conceito de insumos despesas administrativas, financeiras e comerciais. Afastou-se ainda a possibilidade de enquadramento de despesas cuja essencialidade ou relevância não restou comprovada nos autos.

Fez-se ainda expressa menção ao escopo constitucional da exação tributária, deixando-se consignado que “admitir amplo creditamento, não só sobre bens e serviços vinculados à atividade empresarial pela essencialidade ou relevância, acabaria por tornar incidente o PIS/COFINS sobre o lucro operacional, restringindo a fonte de custeio para a Seguridade Social prevista no art. 195, I, b, da CF”.

Por outro lado, consignou-se a possibilidade de creditamento quanto a outras despesas intrinsecamente relacionadas à empresa, nos seguintes termos:

“13. De acordo com sua inicial, a impetrante tem por objeto social o tratamento de madeiras em geral, indústria e comércio varejista e atacadista de madeiras tratadas, *in natura* e dormentes de concreto e serviços de serraria sem desdobramentos de madeiras, utilizando **frota própria** de veículos automotores para o transporte de suas mercadorias. Os custos de frete ou transporte e armazenagem têm disciplina específica no art. 3º, IX, da Lei 10.833/03, garantindo o creditamento referente àqueles valores quando da aquisição de insumos (art. 3º, II) ou de produtos para revenda (art. 3º, I), **caso o ônus seja suportado pelo vendedor**. Nestas situações, somente quando *integrantes do custo de aquisição* de um insumo ou de um produto para revenda, poderão integrar a base de cálculo dos créditos de PIS/COFINS (ApCiv 5011674-68.2018.4.03.6100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/12/2019). Nesse ponto, conclui-se pela admissibilidade do creditamento quanto ao “q) frete aplicado na prestação de serviços e no transporte de insumos”.

14. Em se tratando de atividade empresarial cujo objeto não se resume à alienação dos produtos oferecidos, como também abarca o transporte daquelas mercadorias até o adquirente, sendo este serviço ponto nodal daquela atividade, tem-se que os custos dispendidos no transporte ficam caracterizados como insumo para fins de creditamento do PIS/COFINS. Precedentes.

15. Observadas as características de seu objeto social, tem a impetrante o direito de tomar créditos de PIS/COFINS advindos das aquisições de combustíveis, lubrificantes e autopeças utilizadas em seus veículos para o transporte de mercadorias ao adquirente. Por ser decorrência lógica do serviço de transporte, bem como dos termos do inciso IX do art. 3º da Lei 10.833/03, assegura-lhe também o creditamento perante: os custos de armazenagem daquelas mercadorias; o aluguel de veículos; o seguro de carga obrigatório por parte do transportador, conforme art. 20, alíneas ‘h’ e ‘m’, do Decreto-lei nº 73/66 e art. 13, da Lei nº 11.442/2007); o custo de serviços de carga e descarga; e o custo de serviços de subcontratação de serviços de transporte e armazenagem”.

Não há que se falar, portanto, na existência de vício (de contradição ou omissão) a macular a decisão vergastada, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Ainda, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REP DJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

No âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73, tem-se que “a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC” (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)” (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015).

A respeito da mesma situação – abuso no exercício dos aclaratórios - colhe-se no STF que:

“*Ementa: Embargos de Declaração no Agravo Interno em Embargos de Declaração em Reclamação. Indeferimento da Inicial e Fixação de Multa por Ato atentatório à Dignidade da Justiça. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Embargos Desprovidos com Aplicação de Multa. 1. Os Embargos de Declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 2. A parte Embargante busca rediscutir a matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. Fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, constatado o manifesto intuito protelatório. Art. 1.026, § 2º, do CPC. 4. Embargos de Declaração rejeitados.*”

(Rcl 24786 ED-AgR-ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

Nesta toada, inexistente vício a justificar a oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de 0,5% sobre o valor da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF.

No sentido do apenamento é firme a jurisprudência do STF: ARE 1241379 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020 - MI 6547 AgR-ED-ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 20-05-2020 PUBLIC 21-05-2020 - ARE 1070520 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), **Tribunal Pleno**, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018 - MS 35544 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 20-09-2018 PUBLIC 21-09-2018 - ARE 975993 AgR-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 1039906 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018 - RE 999734 AgR-segundo-ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10-09-2018 PUBLIC 11-09-2018.

O mesmo ocorre no STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1054237/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 06/09/2018 - EDcl no AgInt no AREsp 1221622/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 04/09/2018 - EDcl nos EDcl no REsp 1710743/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

Pelo exposto, nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO DESPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. A decisão é clara ao adotar os critérios definidos pelo STJ em sede de repetitivos (REsp 1.221.170), mais precisamente de essencialidade ou relevância dos bens e serviços utilizados na atividade empresarial, atentando-se também para as balizas ali utilizadas de distinção dos conceitos de receita e de lucro – afastando-se do conceito de insumos despesas administrativas, financeiras e comerciais. Afastou-se ainda a possibilidade de enquadramento de despesas cuja essencialidade ou relevância não restou comprovada nos autos. Fez-se ainda expressa menção ao escopo constitucional da exação tributária, deixando-se consignado que “admitir amplo creditamento, não só sobre bens e serviços vinculados à atividade empresarial pela essencialidade ou relevância, acabaria por tornar incidente o PIS/COFINS sobre o lucro operacional, restringindo a fonte de custeio para a Seguridade Social prevista no art. 195, I, b, da CF”. Por outro lado, consignou-se a possibilidade de creditamento quanto a outras despesas intrinsecamente relacionadas à empresa,

2. Inexistente vício a justificar a oposição de embargos declaratórios nos estritos termos do art. 1.022 do CPC, evidencia-se o caráter meramente infringente da insurgência, a provocar a rejeição dos aclaratórios com aplicação de multa de 0,5% sobre o valor da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC), que será corrigido conforme a Res. 267/CJF.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004421-25.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: G.D.A. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA, DGA - ADMINISTRACAO E PARTICIPACAO SOCIEDADE SIMPLES LTDA, OLC AV INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, FRIGORIFICO VALE DO GUAPORE S/A, INDUSTRIAL DE ALIMENTOS CHEYENNE LTDA, PRISMA - PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA, FIAMO ADMINISTRACAO DE BENS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, PADUA DINIZ ALIMENTOS LTDA - - ME EM RECUPERACAO JUDICIAL, AGROPECUARIA FBH LTDA - ME, JJB INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, BRASFRI S/A, PREMIUM FOODS BRASIL S/A, BARAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA, O.L.A - AGROPECUARIA LTDA - ME, FRIGOR HANS INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA, A.D - HANS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA, INDIANAPOLIS SPE EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO LTDA., ENGEAS EMPREENDIMENTOS LTDA, ALBATROZ COMERCIO DE MOTOS LTDA, ALBATROX SERVICOS DE COBRANCAS LTDA - ME, ALBATROX INFORMACOES CADASTRAIS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: VALTER DIAS PRADO - SP236505-A

Advogado do(a) AGRAVADO: VALTER DIAS PRADO - SP236505-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004421-25.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: G.D.A. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA, DGA - ADMINISTRACAO E PARTICIPACAO SOCIEDADE SIMPLES LTDA, OLC AV INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, FRIGORIFICO VALE DO GUAPORE S/A, INDUSTRIAL DE ALIMENTOS CHEYENNE LTDA, PRISMA - PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA, FIAMO ADMINISTRACAO DE BENS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, PADUA DINIZ ALIMENTOS LTDA - - ME EM RECUPERACAO JUDICIAL, AGROPECUARIA FBH LTDA - ME, JJB INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, BRASFRI S/A, PREMIUM FOODS BRASIL S/A, BARAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA, O.L.A - AGROPECUARIA LTDA - ME, FRIGOR HANS INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA, A.D - HANS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA, INDIANAPOLIS SPE EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO LTDA., ENGEAS EMPREENDIMENTOS LTDA, ALBATROZ COMERCIO DE MOTOS LTDA, ALBATROX SERVICOS DE COBRANCAS LTDA - ME, ALBATROX INFORMACOES CADASTRAIS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: VALTER DIAS PRADO - SP236505-A

Advogado do(a) AGRAVADO: VALTER DIAS PRADO - SP236505-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsomdi Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por GDA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA e DGA - ADMINISTRACAO E PARTICIPACAO SOCIEDADE SIMPLES em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assim ementado (ID 143776419):

AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE EMPRESAS QUE INTEGRAM O MESMO GRUPO ECONÔMICO DA EMPRESA EXECUTADA. INDÍCIOS DE FRAUDE. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Rejeitada a alegação de não conhecimento do agravo de instrumento em razão da ausência de indicação de todos os advogados da parte agravada, uma vez que a União colacionou cópia integral do processo originário.

2. A r. interlocutória recorrida ao acolher a exceção de pré-executividade apreciou e julgou ampla matéria de fato, sujeita à necessária dilação probatória que é incabível na via estreita da exceção de pré-executividade. Com isso afrontou a Súmula 393 do STJ.

3. Ao cuidar da inexistência de responsabilidade solidária das várias empresas do “Grupo Arantes” pelos débitos fiscais executados, a r. decisão tratou de fatos que de modo algum poderiam ser perscrutados no singelo cenário da exceção de pré-executividade (reservado apenas a matéria de ordem pública visível *ictu oculi*), tais como se a dissolução da empresa devedora principal foi ou não regular, a participação ou não dessa devedora no “Grupo Arantes” e para fazê-lo tomou de empréstimo o entendimento firmado em outro processo, os embargos nº 0004050-69.2017.403.6106, no âmbito do qual questões semelhantes teriam sido tratadas e ao fazê-lo impediu a exequente de exercitar o efetivo contraditório.

4. Procede a assertiva da União no sentido de que “comprovou fartamente que as empresas do grupo atuaram coordenadamente e sob o mesmo comando como uma unidade empresarial e patrimonial (confusão patrimonial) no intuito de, aproveitando-se do seu ativo, evitar o pagamento dos tributos devidos pela contribuinte (afastar o passivo)”; ainda que o tivesse feito de modo inaugural e que pudesse ser contrariado, o certo é que comprovar a não higidez da CDA (que goza de presunção *ex lege* de liquidez e certeza) é tarefa que o executado deve desempenhar normalmente por meio dos embargos à execução, já que a senda da exceção de pré-executividade é restritíssima e – como criação jurisprudencial – não é lícito ao Juiz ampliar seus horizontes para legitimar uma “segunda via” de impugnação de que o legislador não cogitou.

5. No mais, não se enxerga inconstitucionalidade no inc. IX, do art. 30, da Lei 8.212/91, porquanto o mesmo não criou nova e diversa regra de responsabilidade tributária ao arripio do art. 146, III, “b” da CF e das normas gerais do CTN (recepção como lei complementar), porque a norma – amplamente usada sem que em momento algum as Cortes Superiores tenham-na visto como inválida – encontra lastro no art. 124 do CTN, o qual autoriza o legislador comum a “explicitar”, hipóteses contempladas nos modelos genéricos de responsabilidade tributária dispostas nos artigos 128, 134 e 135 do CTN.

6. Recentemente o STJ decidiu: “Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124 e 133, do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exige-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular; em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito” (AREsp 1455240/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 23/08/2019).

7. Na espécie dos autos a Fazenda Nacional apresentou indícios seguros de que se trata de um “grupo econômico” cuja atuação é marcada por fraudes, confusão patrimonial, desvio de finalidade, má-fé, enriquecimento ilícito, concorrência desleal e prejuízo a seus credores (de modo especial o Fisco Federal) e nessa situação – a menos que os interessados façam robusta prova em contrário em embargos a execução, como manda a lei – é inevitável a responsabilidade solidária, pois o interesse comum (a que se refere o STJ) é patente.

8. As empresas integrantes do denominado “Grupo Arantes” – onde os membros da família Arantes se revezam na composição do quadro societário das empresas envolvidas na indiciada fraude – agiram com intuito de fraudar o pagamento dos tributos devidos originalmente pela firma sucedida SERTANEJO ALIMENTOS S/A (grande devedora da União).

9. O imenso acervo documental coligido pela União parece mesmo indicar – salvo comprovação em contrário a ser feita sob ampla atividade probatória em sede própria – pode aceitar a argumentação da União no sentido de que há “...confusão patrimonial e, pois, o abuso de personalidade jurídica, bem assim a prática de atos fraudulentos voltados à obtenção de vantagens indevidas resultantes do aproveitamento do ativo sem o ônus do passivo em prejuízo da credora fiscal, vale dizer, eximindo-se do pagamento dos créditos tributários originalmente devidos pela empresa sucedida SERTANEJO ALIMENTOS S/A (responsabilidade por sucessão - art. 133 CTN)...”.

10. Ademais, tem-se que no STJ “...É pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual as controvérsias em execução fiscal envolvendo responsabilidade tributária, cujas soluções, à luz da casuística, demandem a ampliação das vias probatórias, devem ser veiculadas e dirimidas na sede própria dos embargos à execução” (AgInt no AREsp 863.387/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2016, DJe 14/12/2016).

11. Agravo interno não provido.

Sustenta a parte embargante que o v. acórdão não se manifestou quanto aos artigos 124, 134 e 135, III, do CTN e inc. IX, do art. 30, da Lei 8.212/91.

Alega a desnecessidade de dilação probatória tendo em vista a manifesta ilegitimidade das embargantes uma vez que não verificada a responsabilidade solidária ou a existência de grupo econômico (ID 144843257).

Deu-se oportunidade para resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004421-25.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: G.D.A. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA, DGA - ADMINISTRACAO E PARTICIPACAO SOCIEDADE SIMPLES LTDA, OLCAY INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, FRIGORIFICO VALE DO GUAPORE S/A, INDUSTRIAL DE ALIMENTOS CHEYENNE LTDA, PRISMA - PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA, FIAMO ADMINISTRACAO DE BENS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, PADUA DINIZ ALIMENTOS LTDA - - ME EM RECUPERACAO JUDICIAL, AGROPECUARIA FBH LTDA - ME, JJB INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, BRASFRI S/A, PREMIUM FOODS BRASIL S/A, BARAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA, O.L.A - AGROPECUARIA LTDA - ME, FRIGOR HANS INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA, A.D - HANS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA, INDIANAPOLIS SPE EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO LTDA., ENGEAS EMPREENDIMENTOS LTDA, ALBATROZ COMERCIO DE MOTOS LTDA, ALBATROX SERVICOS DE COBRANCAS LTDA - ME, ALBATROX INFORMACOES CADASTRAIS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: VALTER DIAS PRADO - SP236505-A

Advogado do(a) AGRAVADO: VALTER DIAS PRADO - SP236505-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsomdi Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.

Constou do v. Acórdão que a Fazenda Nacional apresentou indícios seguros de que se trata de um “grupo econômico” cuja atuação é marcada por fraudes, confusão patrimonial, desvio de finalidade, má-fé, enriquecimento ilícito, concorrência desleal e prejuízo a seus credores (de modo especial o Fisco Federal) e nessa situação – a menos que os interessados façam robusta prova em contrário em embargos a execução, como manda a lei – é inevitável a responsabilidade solidária, pois o interesse comum (a que se refere o STJ) é patente.

Isso porque as empresas integrantes do denominado “Grupo Arantes” – onde os membros da família Arantes se revezam na composição do quadro societário das empresas envolvidas na indiciada fraude – agram com intuito de fraudar o pagamento dos tributos devidos originalmente pela firma sucedida SERTANEJO ALIMENTOS S/A (grande devedora da União).

O imenso acervo documental coligido pela União parece mesmo indicar – salvo comprovação em contrário a ser feita sob ampla atividade probatória em sede própria – pode aceitar a argumentação da União no sentido de que há “...confusão patrimonial e, pois, o abuso de personalidade jurídica, bem assim a prática de atos fraudulentos voltados à obtenção de vantagens indevidas resultantes do aproveitamento do ativo sem o ônus do passivo em prejuízo da credora fiscal, vale dizer, eximindo-se do pagamento dos créditos tributários originalmente devidos pela empresa sucedida SERTANEJO ALIMENTOS S/A (responsabilidade por sucessão - art. 133 CTN)...”.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Aliás, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Assim, o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde.

O acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, em sede de embargos de declaração, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. Constatou do v. Acórdão que a Fazenda Nacional apresentou indícios seguros de que se trata de um "grupo econômico" cuja atuação é marcada por fraudes, confusão patrimonial, desvio de finalidade, má-fé, enriquecimento ilícito, concorrência desleal e prejuízo a seus credores (de modo especial o Fisco Federal) e nessa situação - a menos que os interessados façam robusta prova em contrário em embargos a execução, como manda a lei - é inevitável a responsabilidade solidária, pois o interesse comum (a que se refere o STJ) é patente.

3. Isso porque as empresas integrantes do denominado "Grupo Arantes" - onde os membros da família Arantes se revezam na composição do quadro societário das empresas envolvidas na indiciada fraude - agiram com intuito de fraudar o pagamento dos tributos devidos originalmente pela firma sucedida SERTANEJO ALIMENTOS S/A (grande devedora da União).

4. O imenso acervo documental coligido pela União parece mesmo indicar - salvo comprovação em contrário a ser feita sob ampla atividade probatória em sede própria - pode aceitar a argumentação da União no sentido de que há "...confusão patrimonial e, pois, o abuso de personalidade jurídica, bem assim a prática de atos fraudulentos voltados à obtenção de vantagens indevidas resultantes do aproveitamento do ativo sem o ônus do passivo em prejuízo da credora fiscal, vale dizer, eximindo-se do pagamento dos créditos tributários originalmente devidos pela empresa sucedida SERTANEJO ALIMENTOS S/A (responsabilidade por sucessão - art. 133 CTN)...".

5. O que se vê, in casu, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

6. Ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

7. Embargos de declaração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001506-52.2019.4.03.6106

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

APELANTE: V.R.RIOPRETENSE INDUSTRIA ALIMENTICIA LTDA - EPP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELANTE: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, V.R.RIOPRETENSE INDUSTRIA ALIMENTICIA LTDA - EPP
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001506-52.2019.4.03.6106

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

APELANTE: V.R.RIOPRETENSE INDUSTRIA ALIMENTICIA LTDA - EPP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELANTE: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, V.R.RIOPRETENSE INDUSTRIA ALIMENTICIA LTDA - EPP
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão assimmentado:

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). COMPENSAÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

A embargante sustenta, com fins de prequestionamento, a necessidade de suspensão do feito, a falta de fundamentação e a caracterização de inovação recursal ao se delimitar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, e, sucessivamente, que o ICMS a recolher seja excluído.

Resposta.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001506-52.2019.4.03.6106

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

APELANTE: V.R.RIOPRETENSE INDUSTRIAALIMENTICIA LTDA - EPP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELANTE: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, V.R.RIOPRETENSE INDUSTRIAALIMENTICIA LTDA - EPP
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS DESTACADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021314-61.2019.4.03.6100

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

APELANTE: PULVITEC DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COLAS E ADESIVOS LTDA

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021314-61.2019.4.03.6100

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

APELANTE: PULVITEC DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COLAS E ADESIVOS LTDA

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos por PULVITEC DO BRASIL INDUSTRIA E COMÉRCIO DE COLAS E ADESIVOS LTDA em face de acórdão prolatado por esta C. Turma, que restou assimementado:

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDÃO: EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUTO DIRETO, NÃO ASSUMINDO TRANSLAÇÃO QUE PERMITA CONSIDERAR O CONTRIBUINTE COMO MERO DEPOSITÁRIO DOS VALORES. INAPLICABILIDADE DA TESE FIRMADA NO RE Nº 574.706. TRIBUTOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

A parte embargante sustenta que o acórdão padece de omissão quanto aos arts. 145, § 1º e 195, I, “b”, da Constituição Federal; art. 12 do Decreto nº 1.598/77, bem como sobre o posicionamento do STF no julgamento do RE nº 574.706. Aduz que a análise a fundo dos dispositivos apontados acarretaria decisão em sentido diverso, concluindo pela inconstitucionalidade da inclusão do PIS e da COFNS em suas próprias bases de cálculo (ID nº 143517731).

A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) apresentou resposta (ID nº 146627644).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5021314-61.2019.4.03.6100

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

APELANTE: PULVITEC DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COLAS E ADESIVOS LTDA

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo do recorrente e a pretensão de reforma do julgado, o que é incabível nesta via aclaratória.

Com efeito, restou claro o entendimento desta C. Turma no sentido de que a situação do PIS/COFINS incidente na cadeia operacional é diversa daquela decidida pelo STF no RE nº 574.706.

O acórdão é claro ao delimitar a possibilidade de inclusão de valores de PIS/COFINS em sua própria base de cálculo, pois as contribuições do PIS/COFINS são **tributos diretos**, incidentes sobre a receita/faturamento, elemento contábil que não se exaure na operação em si, mas se forma no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações.

O acórdão ainda assentou que “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”.

Ainda, fez-se a devida distinção ao mencionar que:

“Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICMS 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 (REsp 1008256 / GO / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. OG FERNANDES / DJe 15/08/2017, AgInt no REsp 1434905 / PI / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. OG FERNANDES / DJe 14/10/2016, AgRg no REsp 1.421.880/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015 e REsp 1131476 / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / DJe 01.02.2010).

Nesse sentido e consoante entendimento firmado pelo STF, age o empresário como mero depositário dos impostos devidos, motivo pelo qual esses valores não integram seu faturamento/receita.”

Por fim, o acórdão concluiu que não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo, bem como que não há violação a qualquer princípio constitucional de tributação, pois existe autorização constitucional para que tributos componham receita bruta (art. 150, I da CF) e não resta evidenciada violação ao art. 195, I da CF, tampouco ofensa ao princípio da capacidade contributiva.

Destarte, todas as questões relevantes à solução da lide foram apreciadas pelo acórdão embargado, com fundamentação suficiente.

Vale recordar que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Aliás, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Portanto, não há qualquer vício no acórdão.

É preciso esclarecer que “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Destarte, se o embargante entende que o entendimento exarado viola o disposto nos arts. 145, § 1º e 195, I, “b”, da Constituição Federal e art. 12 do Decreto nº 1.598/77, deve manejar o recurso adequado à obtenção da reforma do julgado.

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa (R\$ 235.418,32 em 07/11/2019 – ID nº 134221381), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015.

2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando incorrentes seus requisitos autorizadores. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016.

3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Ante o exposto, **conheço dos embargos de declaração e nego-lhes provimento, com imposição de multa.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO DESPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo do recorrente e a pretensão de reforma do julgado, o que é incabível nesta via aclaratória.

2. Restou claro o entendimento desta C. Turma no sentido de que a situação do PIS/COFINS incidente na cadeia operacional é diversa daquela decidida pelo STF no RE nº 574.706.

3. O acórdão é claro ao delimitar a possibilidade de inclusão de valores de PIS/COFINS em sua própria base de cálculo, pois as contribuições do PIS/COFINS são tributos diretos, incidentes sobre a receita/faturamento, elemento contábil que não se exaure na operação em si, mas se forma no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações.

4. O acórdão ainda assentou que “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”.

5. Ainda, fez-se a devida distinção ao mencionar que: “Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICMS 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 (REsp 1008256 / GO / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. OG FERNANDES / DJe 15/08/2017, AgInt no REsp 1434905 / PI / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. OG FERNANDES / DJe 14/10/2016, AgRg no REsp 1.421.880/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015 e REsp 1131476 / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / DJe 01.02.2010). Nesse sentido e consoante entendimento firmado pelo STF, age o empresário como mero depositário dos impostos devidos, motivo pelo qual esses valores não integram seu faturamento/receita.”

6. Por fim, concluiu que não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo, bem como que não há violação a qualquer princípio constitucional de tributação, pois existe autorização constitucional para que tributos componham receita bruta (art. 150, I da CF) e não resta evidenciada violação ao art. 195, I da CF, tampouco ofensa ao princípio da capacidade contributiva.

7. Vale recordar que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

8. É preciso esclarecer que “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

9. Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa (R\$ 235.418,32 em 07/11/2019), conforme já decidido pelo Plenário do STF.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração e negou-lhes provimento, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033863-36.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: SANOFI MEDLEY FARMACEUTICA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: RODRIGO CORREA MARTONE - SP206989-A, PEDRO COLAROSSO JACOB - SP298561-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por SANOFI MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA., sucessora por incorporação de MEDLEY INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA., SANOFI-AVENTIS FARMACÊUTICA LTDA. e SANOFI AVÊNTIS COMERCIAL E LOGÍSTICA LTDA., em face da r. decisão ID 43488946, proferida em mandado de segurança (processo nº 5009020-80.2020.4.03.6119) pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, que postergou a apreciação do pedido liminar para após a vinda das informações do Procurador Seccional da Fazenda Nacional em Guarulhos/SP, conforme já deliberado na decisão ID 41982486.

A Agravante alega que é empresa do ramo farmacêutico, que fornece medicamentos para os mais diversos ramos da sociedade, e que necessita comprovar sua regularidade fiscal periodicamente, cuja competência para expedição é das Agravadas, e que impetrou mandado de segurança com pedido de liminar *inaudita altera parte*, objetivando que a pendência referente à suposta ausência de apresentação da Declaração do Imposto de Renda Retido na fonte (“DIRF”) dos anos-calendários de 2017, 2018 e 2019, relacionada às empresas por ela incorporadas, não constituam empecilho à expedição/renovação da sua Certidão de Regularidade Fiscal. Relata que o mandado de segurança foi impetrado em 17/11/2020, há mais de trinta dias, tendo sido proferido despacho pelo Juízo *a quo* postergando a análise da liminar requerida para após a vinda das informações das DD. Autoridades Coatoras. Aduz que o Delegado da Receita Federal do Brasil em Guarulhos apresentou suas informações (ID 42730830), *sustentando em suma (i) que não teria havido a apresentação de DIRFs para determinadas empresas; e (ii) que haveria outros débitos pendentes, o que por si só impediria a renovação da Certidão de Regularidade fiscal da Agravante*. Alega que, expirado o prazo da Procuradoria da Fazenda Nacional em Guarulhos, sem que essa houvesse se pronunciado, a Agravante requereu urgência na apreciação da liminar *uma vez que (i) há evidente periculum in mora, na medida em que a CND da Agravante está prestes a expirar; somado ao fato de que o recesso forense inicia-se no próximo dia útil; e (ii) o fumus boni iuris é incontestável na medida em que a Agravante comprovou em sua inicial a entrega das DIRFS das empresas por ela incorporadas e, mesmo que assim não fosse, demonstrou-se também que a matéria em discussão é pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça e por esse E. Tribunal Regional da 3ª Região, que afastaram a possibilidade de mero descumprimento de obrigação acessória, sem que tenha havido aplicação de multa ao contribuinte, impedir a renovação da certidão de regularidade fiscal*. Aduz que, para sua surpresa, foi proferida a r. decisão ID 43488946 (“r. decisão agravada”), afirmando que, *por equívoco cometido pela I. Serventia, a Procuradoria da Fazenda Nacional em Guarulhos não havia sido intimada para apresentar suas informações, oportunidade em que foi determinada nova intimação para que ela preste suas informações em novo prazo de 10 dias*. Assevera que, em virtude não ter havido qualquer decisão em sede de cognição sumária, pois decorridos mais de trinta dias do pleito da concessão de liminar *inaudita altera parte*, há evidente risco de dano irreparável, uma vez que a CND da Agravante vencerá em 17.1.2021, e o recesso forense e a respectiva suspensão dos prazos, previstos no artigo 220 do CPC, se iniciarão em 21.12.2020 e terminam em 20.1.2021. Alega que, como a intimação da Procuradoria sobre a r. decisão agravada só veio a ocorrer em 17.12.2020, de acordo com a contagem de prazo em dias úteis iniciada em 18.12.2020, suspensa a partir de 21.12.2020 e retomada em 21.1.2021, o prazo para manifestação da Procuradoria terminaria apenas em 2.2.2021, de forma que só então seria possível ser apreciado o pedido liminar da Agravante segundo a r. decisão agravada, o que esvaziaria totalmente os efeitos de tal pedido, visto que a Certidão de Regularidade Fiscal da Agravante vence em 17.1.2020, e o *mandamus* perderia seu objeto. Alega ainda que há *incontestável probabilidade de direito, na medida em que a Agravante comprovou em sua inicial a entrega das DIRFS das empresas por ela incorporadas e, mesmo que assim não fosse, demonstrou-se também que a matéria em discussão é pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça e por esse E. Tribunal Regional da 3ª Região, que afastaram a possibilidade de mero descumprimento de obrigação acessória, sem que tenha havido aplicação de multa ao contribuinte (tal como ocorre no caso dos autos), impedir a renovação da certidão de regularidade fiscal*. Assevera que *demonstrou por meio dos documentos acostados na inicial que houve a entrega das respectivas DIRFs, como também restou demonstrado que não houve qualquer lançamento com imposição de multa por parte das DD. Autoridades Coatoras pela ausência na entrega das DIRFs, e nem poderiam, pois não tem a natureza do tributo Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”), visto não ser obrigação pecuniária não se enquadrando, portanto, nas vedações à expedição de CND, conforme definem os artigos 205 e 2068 do Código Tributário Nacional (“CTN”)*.

Assim, a Agravante requer a antecipação da tutela recursal para que seja determinado às DD. Autoridades Coatoras que a pendência relacionada à suposta ausência de apresentação das DIRFs dos anos calendários de 2017, 2018 e 2019, relacionadas às empresas incorporadas pela Agravante, não constituam empecilho à expedição/renovação da sua CND.

Passo a decidir.

De início consigno que não houve o indeferimento da liminar. Este agravo de instrumento ataca falta de decisão por parte do Juízo de origem, que postergou a análise do pedido liminar para após a autoridade impetrada prestar informações. Não há, pois, qualquer decisão no processo de origem passível de agravo de instrumento.

Confira-se o teor da r. decisão agravada (ID 43488946):

"Compulsando os autos verifico que o despacho de doc. 20 não foi cumprido integralmente, porquanto o Procurador Seccional da Fazenda Nacional em Guarulhos/SP ainda não foi incluído no pólo passivo, tampouco notificado para prestar as informações.

Assim, cumpra-se com urgência o despacho de doc. 20.

Doc. 27: O pleito liminar será apreciado após a vinda das informações do Procurador-Seccional da Fazenda Nacional em Guarulhos/SP, conforme já deliberado anteriormente.

Intime-se.

GUARULHOS, 16 de dezembro de 2020."

Entendendo o juízo de origem que a instrução do feito não permite de plano a apreciação da liminar, prudente a oitiva da autoridade impetrada. Nesse contexto, não há motivo razoável para que seja suprimido um grau de jurisdição.

Verifico, ainda que a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Guarulhos - SP já prestou suas informações nos autos originários (ID 43721771), e que o rito célere do mandado de segurança não implicará, no caso, em risco na demora, mesmo considerando o período de recesso forense, uma vez que as atividades se reiniciam em 07 de janeiro de 2021. Ademais, nos termos do art. 220, § 1º, do Código de Processo Civil, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria e da Advocacia Pública e os auxiliares da justiça exercerão suas atribuições durante o período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei.

Dessa forma, o presente agravo de instrumento se mostra manifestamente inadmissível, uma vez que o pedido formulado pela parte autora, acerca da concessão da liminar, deve ser primeiro analisado no Juízo *a quo*, de modo que sua apreciação nesta esfera não ofenda o princípio do duplo grau de jurisdição.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Intime-se.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006854-60.2019.4.03.6103

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

APELANTE: CND - DROGARIA LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006854-60.2019.4.03.6103

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

APELANTE: CND - DROGARIA LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos por CND – DROGARIA LTDA – EPP em face de acórdão prolatado por esta C. Turma, que restou assim ementado:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. CONSTITUCIONALIDADE DO CÁLCULO “POR DENTRO”. INAPLICABILIDADE DO RE 574.706. RECURSO DESPROVIDO.

A parte embargante sustenta que o acórdão padece de omissão quanto ao argumento segundo o qual a discussão travada no julgamento do RE nº 582.461 se limitou a verificar se o “cálculo por dentro” do ICMS configuraria “bis in idem”, visto que, ao contrário do que ocorre com o PIS e a COFINS, há autorização expressa na Constituição. Aduz em nenhum momento se discutiu, no referido RE, o conceito de faturamento para fins de incidência das contribuições para o PIS e COFINS.

Argumenta, ainda, que a justificativa invocada no acórdão para a não aplicação da tese firmada no RE nº 574.706 ao caso não informa sua alegação no sentido de que os valores do PIS e da COFINS não configuram receitas e, portanto, bases de cálculo para as próprias contribuições.

Defende que deve ser respeitado o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o RE nº 574.706, sob pena de violação ao art. 110 do CTN.

Por fim, requer manifestação expressa sobre os seguintes dispositivos, para fins de prequestionamento: art. 195, I, “b”, da CF; art. 110 do CTN e art. 1º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003.

A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) apresentou resposta (ID nº 146625860).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006854-60.2019.4.03.6103

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

APELANTE: CND - DROGARIA LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo do recorrente e a pretensão de reforma do julgado, o que é incabível nesta via aclaratória.

Com efeito, o acórdão é claro ao delimitar a possibilidade de inclusão de valores de PIS/COFINS em sua própria base de cálculo, pois as contribuições do PIS/COFINS são **tributos diretos**, incidentes sobre a receita/faturamento, elemento contábil que não se exaure na operação em si, mas se forma no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações.

Ainda, fez-se a devida distinção ao mencionar que:

“o assunto nada tem a ver com o Tema 69 do STF, que apreciou tributação diversa; 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 reconheceu a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Trata-se de tributação direta, em que o contribuinte não é mero depositário de valores alheios que apenas “circulam””.

Vale recordar que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Aliás, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Portanto, **não há qualquer vício no acórdão.**

É preciso esclarecer que “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Destarte, se a embargante entende que o acórdão viola o disposto no art. 195, I, “b”, da CF, art. 110 do CTN e art. 1º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, deve manejar o recurso adequado à obtenção da reforma do julgado.

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 1,00% sobre o valor corrigido da causa (R\$ 250.000,00 em 10/10/2019 – ID nº 131828812), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015.

2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando incorrentes seus requisitos autorizadores. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016.

3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Ante o exposto, **conheço dos embargos de declaração e nego-lhes provimento, com imposição de multa.**

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO DESPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo do recorrente e a pretensão de reforma do julgado, o que é incabível nesta via aclaratória.

2. O acórdão é claro ao delimitar a possibilidade de inclusão de valores de PIS/COFINS em sua própria base de cálculo, pois as contribuições do PIS/COFINS são tributos diretos, incidentes sobre a receita/faturamento, elemento contábil que não se exaure na operação em si, mas se forma no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações.

3. Fez-se a devida distinção ao mencionar que: 'o assunto nada tem a ver com o Tema 69 do STF, que apreciou tributação diversa; 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 reconheceu a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Trata-se de tributação direta, em que o contribuinte não é mero depositário de valores alheios que apenas "circulam".'

4. Vale recordar que "o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018" (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

5. É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

7. Destarte, se a embargante entende que o acórdão viola o disposto no art. 195, I, "b", da CF, art. 110 do CTN e art. 1º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, deve manejar o recurso adequado à obtenção da reforma do julgado.

8. Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 1,00% sobre o valor corrigido da causa (R\$ 250.000,00 em 10/10/2019), conforme já decidido pelo Plenário do STF.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração e negou-lhes provimento, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000035-49.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CUBAS & BOTELHO LTDA - ME, AUREA BOTELHO CUBAS MARTINS

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO VASQUES JUNIOR - SP176159-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO VASQUES JUNIOR - SP176159-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000035-49.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CUBAS & BOTELHO LTDA - ME, AUREA BOTELHO CUBAS MARTINS

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO VASQUES JUNIOR - SP176159-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO VASQUES JUNIOR - SP176159-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** (ID 143504838) opostos por CUBAS & BOTELHO LTDA – ME em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assim ementado:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DA APARÊNCIA. CITAÇÃO ENVIADA AO ENDEREÇO DA SEDE SOCIAL DA EMPRESA. PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Há muito tempo consagrou-se o entendimento de que o artigo 8º da Lei das Execuções Fiscais não impõe que a citação se dê na pessoa do executado, bastando que o mandado seja entregue no endereço correto do devedor.
2. No caso concreto, não existe qualquer controvérsia de que a citação via postal foi remetida ao endereço da sede social da empresa constante da inicial da ação executiva e dos registros oficiais.
3. Na hipótese, a execução fiscal de origem foi ajuizada em 04.11.2014 para cobrança de dívida tributária; o despacho citatório foi proferido em 11.11.2014, sendo a empresa citada em 02.03.2015 e a representante legal da empresa citada em 14 de fevereiro de 2017. Deste modo, não há que se falar em nulidade do ato que deu ciência à executada, nem da constrição realizada nos autos, tendo em vista que foi efetivada após a citação.
4. O prazo para a União ajuizar a ação era janeiro de 2015, no entanto a execução fiscal foi protocolada em novembro de 2014, não caracterizada, assim, a aludida prescrição.
5. Sobre a ocorrência ou não da prescrição intercorrente, o STJ sumulou o entendimento de que "*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*" (Súmula n. 314/STJ).
6. A prescrição visa punir a inércia do titular da pretensão que deixou de exercê-la no tempo oportuno. Contudo, convém admitir que seu prazo flui a partir do momento em que o titular adquire o direito de reivindicar. É a consagração do princípio da *actio nata*, segundo o qual é inexigível cobrar da exequente que postulasse o redirecionamento da execução fiscal aos corresponsáveis antes de ser constatada a dissolução irregular da devedora principal, a ensejar a responsabilidade tributária dos sócios.
7. Agravo interno não provido.

Sustenta a embargante a nulidade da citação recebida por pessoa desconhecida da embargante e, dessa forma, inviável a teoria da aparência para fins de se considerar válida a citação. Sustenta ainda a ocorrência de prescrição e prescrição intercorrente. Requer o provimento dos embargos para esclarecer os pontos obscuros e contradições. Salieta a necessidade de prequestionamento.

Recurso respondido (ID 146627398).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000035-49.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

AGRAVANTE: CUBAS & BOTELHO LTDA - ME, AUREA BOTELHO CUBAS MARTINS

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO VASQUES JUNIOR - SP176159-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO VASQUES JUNIOR - SP176159-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Turma julgadora.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.

Consta do item 1 da ementa que “consagrou-se o entendimento de que o artigo 8º da Lei das Execuções Fiscais não impõe que a citação se dê na pessoa do executado, bastando que o mandado seja entregue no endereço correto do devedor”.

Consta do item 4 da ementa que não caracteriza a prescrição, pois “o prazo para a União ajuizar a ação era janeiro de 2015, no entanto a execução fiscal foi protocolada em novembro de 2014”.

Também não caracteriza a prescrição intercorrente, como consta do item 5 da ementa. Consta ainda do voto do Relator, detalhadamente, que o despacho citatório foi proferido em 11.11.2014, a empresa executada citada em 02.03.2015, em 19.05.2015 foi realizada a primeira penhora de imóvel, e em 14.02.2017 a representante legal da empresa agravante foi intimada da penhora efetivada, restando evidente a incoerência da prescrição intercorrente no presente caso.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt no EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Aliás, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Destarte, o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde.

O acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, em sede de embargos de declaração, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Assim, ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.
2. Consta do julgado que “consagrou-se o entendimento de que o artigo 8º da Lei das Execuções Fiscais não impõe que a citação se dê na pessoa do executado, bastando que o mandado seja entregue no endereço correto do devedor”.
3. Consta do item 4 da ementa que não caracterizada a prescrição, pois “o prazo para a União ajuizar a ação era janeiro de 2015, no entanto a execução fiscal foi protocolada em novembro de 2014”, bem como consta do item 5 que não caracterizada a prescrição intercorrente, explicitado no voto do Relator que o despacho citatório foi proferido em 11.11.2014, a empresa executada citada em 02.03.2015, em 19.05.2015 foi realizada a primeira penhora de imóvel, e em 14.02.2017 a representante legal da empresa agravante foi intimada da penhora efetivada, restando evidente a inocorrência da prescrição intercorrente no presente caso.
4. Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).
5. Ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).
6. Embargos de declaração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000514-12.2019.4.03.6100

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

APELANTE: JOBCENTER DO BRASIL LTDA, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTARIA EM SAO PAULO - DERAT/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: ALDREIA MARTINS - SP172273-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTARIA EM SAO PAULO - DERAT/SP, JOBCENTER DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: ALDREIA MARTINS - SP172273-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000514-12.2019.4.03.6100

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

APELANTE: JOBCENTER DO BRASIL LTDA, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTARIA EM SAO PAULO - DERAT/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: ALDREIA MARTINS - SP172273-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTARIA EM SAO PAULO - DERAT/SP, JOBCENTER DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: ALDREIA MARTINS - SP172273-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão assim ementado:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. SITUAÇÕES JURÍDICAS IDÊNTICAS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPETIR OS INDÉBITOS. POSSIBILIDADE DA IMPETRANTE VALER-SE DA REGRA DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.

A União aduz que não houve o devido enfrentamento dos fundamentos determinantes do RE 574.706/PR e dos limites objetivos do referido precedente, em cotejo com a situação do ISSQN, que possui regime jurídico distinto do ICMS.

Insiste que o precedente do STF deve ser aplicado restritivamente e que sua *ratio decidendi* não se enquadra à moldura legal do ISS. Sustenta que o princípio da não-cumulatividade não se aplica ao imposto municipal, cuja base de cálculo será exclusivamente o preço do produto, inexistindo previsão de *obrigação jurídica* de repasse do valor a ele correspondente na fatura de serviço. Argumenta, ainda, que o repasse é “meramente econômico” e que, no aspecto jurídico, não é integralmente receita, de modo que não pode ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como que a empresa contribuinte não age como mera responsável, substituta ou repassadora de valores para o fisco municipal.

Alega que os fundamentos do RESP nº 1.330.737 (Tema nº 634) não foram enfrentados pelo acórdão, violando o disposto no art. 927, III, do CPC, aduzindo que se não for aplicada a tese nele firmada deve haver o sobrestamento do feito até julgamento final do RE nº 592.616.

Por fim, pugna pelo sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE nº 574.706, consoante recentes decisões do STF.

Houve resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000514-12.2019.4.03.6100

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

APELANTE: JOBCENTER DO BRASIL LTDA, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTARIA EM SAO PAULO - DERAT/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: ALDREIA MARTINS - SP172273-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTARIA EM SAO PAULO - DERAT/SP, JOBCENTER DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: ALDREIA MARTINS - SP172273-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Os embargos não merecem prosperar.

Ficou devidamente registrado que:

“a não incidência do ISS na composição da base de cálculo do PIS/COFINS decorre do quanto decidido pelo STF no Tema 69 (RE nº 574.706/PR), matéria que não comporta discussão independentemente do ajuizamento de embargos de declaração ou de pedido de modulação, já que esses eventos não se constituem em óbice à aplicação imediata da tese (ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001060-23.2017.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/12/2019 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5018591-06.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/12/2019).

É certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Melo), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento”.

O acórdão embargado ainda assentou que “quanto a matéria de fundo, é pacífica a jurisprudência desta Corte Regional no sentido de que o quanto decidido como Tema 69 se aplica ao ISS, porque a lide é rigorosamente a mesma: gira em torno da possibilidade ou não de a base de cálculo de tributo representada sobre a receita e o faturamento, ser composta também por numerário que não integrará o patrimônio do contribuinte; "in casu", o ISSQN será repassado ao município”.

Registre-se que o julgamento teve por tese a fixação do conceito constitucional de receita pelo STF no aludido paradigma, tomando inócua a discussão sobre os limites legais dados àquele conceito que porventura admitam a inclusão de valores de ICMS ou de ISS. Ainda, ausente determinação de suspensão nacional de causas na matéria, é de rigor seguir o curso processual.

Não há que se falar, portanto, na existência de vício (de contradição ou omissão) a macular a decisão vergastada, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE IMEDIATA DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE PARA O ISS. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012792-90.2019.4.03.6182

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

APELANTE: MATTOS FILHO, VEIGA FILHO, MARREY JR. E QUIROGA ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO RODRIGUES DE MOURA - SP331692-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: JOSE ROBERTO BORGES PACHECO

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012792-90.2019.4.03.6182

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

APELANTE: MATTOS FILHO, VEIGA FILHO, MARREY JR. E QUIROGA ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO RODRIGUES DE MOURA - SP331692-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: JOSE ROBERTO BORGES PACHECO

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos por MATTOS FILHO, VEIGA FILHO, MARREY JR. E QUIROGAADVOGADOS em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assimementado (ID 143783089):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPessoal, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS EFICIÊNCIA (ART. 37, CF), ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. *Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).*

2. *O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o decisum, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.*

3. *Os honorários advocatícios devem remunerar condignamente o trabalho do advogado, considerando que um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito consiste no valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da Constituição Federal). Mas não se pode olvidar da necessária proporcionalidade que deve existir entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado. Inexistindo proporcionalidade, deve-se invocar o § 8º do artigo 85 do CPC de 2015: "Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do parágrafo 2º", mesmo que isso seja feito para o fim de reduzir os honorários, levando-se em conta que o empobrecimento sem justa causa do adverso que é vencido na demanda significa uma penalidade, e é certo que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, vale dizer, sem justa causa. Nesse âmbito, a fixação exagerada de verba honorária - se comparada com o montante do trabalho prestado pelo advogado - é enriquecimento sem justa causa, proscrito pelo nosso Direito e pela própria Constituição polifacética, a qual prestigia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

4. *Assim, embora no caso dos autos o art. 85 deva reger a espécie, a equidade se ser observada para que não ocorra, na espécie, comprometimento de recursos públicos em situação de enriquecimento sem causa.*

5. *Destarte, considerando a pouca complexidade da causa, que não exigiu desforços profissionais extraordinários, deve ser mantida a verba honorária nos termos em que fixada na r. sentença.*

6. *Agravo interno não provido.*

Sustenta a embargante que o v. Acórdão violou os seguintes dispositivos: (I) Artigo 85, §§ 2º, 3º e 5º, do Código de processo Civil, que estabelece critérios objetivos para a condenação do honorários de sucumbência nas demandas em que a Fazenda Pública for parte; (II) Artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, que estabelece a possibilidade de aplicação do princípio da equidade apenas quando não for possível o arbitramento dos honorários pela regra geral ou quando for inestimável/irrisório o valor da causa; (III) Artigo 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil, que considera não fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (IV) Artigo 1.022 do Código de Processo Civil, que estabelecem os vícios do provimento judicial (ID 144670059)

Recurso respondido (ID 147110477).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012792-90.2019.4.03.6182

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

APELANTE: MATTOS FILHO, VEIGA FILHO, MARREY JR. E QUIROGAADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO RODRIGUES DE MOURA - SP331692-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: JOSE ROBERTO BORGES PACHECO

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no decísium.

Sustenta o embargante que o v. acórdão não analisou a violação do artigo 85, §§ 2º, 3º, 5º e 8º e artigo 489, § 1º, IV, todos do Código de Processo Civil.

Constou do voto condutor que o §8º do art. 85 é uma cláusula que pode ser aplicada, em conjunto com o Código Civil e com princípios da Constituição, de modo a permitir a redução de verba honorária desproporcional e que represente enriquecimento sem causa, isto é, desvinculado do trabalho advocatício efetivamente prestado.

Assim, embora no caso dos autos o art. 85 deva reger a espécie, a equidade se ser observada para que não ocorra, na espécie, comprometimento de recursos públicos em situação de enriquecimento sem causa.

Destarte, o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Turma julgadora.

Portanto, o acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, em sede de embargos de declaração, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. Sustenta o embargante que o v. acórdão não analisou a violação do artigo 85, §§ 2º, 3º, 5º e 8º e artigo 489, § 1º, IV, todos do Código de Processo Civil.

3. Constatou o voto condutor que o §8º do art. 85 é uma cláusula que pode ser aplicada, em conjunto com o Código Civil e com princípios da Constituição, de modo a permitir a redução de verba honorária desproporcional e que represente enriquecimento sem causa, isto é, desvinculado do trabalho advocatício efetivamente prestado.

4. Assim, embora no caso dos autos o art. 85 deva reger a espécie, a equidade se ser observada para que não ocorra, na espécie, comprometimento de recursos públicos em situação de enriquecimento sem causa.

5. O que se vê, in casu, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

6. Ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das hipóteses do atual art.1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

7. Embargos de declaração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003045-41.2019.4.03.6110

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDSCHADO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: CHARLES ANTONIO TROGE MAZUTTI - PR70331-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003045-41.2019.4.03.6110

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDSCHADO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: CHARLES ANTONIO TROGE MAZUTTI - PR70331-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL e de reexame necessário perante sentença que concedeu parcialmente a segurança pleiteada por EDSCHA DO BRASIL LTDA, reconhecendo-lhe o direito de atualizar pela Taxa SELIC os créditos de IRPJ/CSLL sob o lucro real decorrentes de prejuízos fiscais em exercícios anteriores.

A União sustenta a impossibilidade da atualização, porquanto esbarra no art. 4º da Lei 9.249/95 e na desindexação das demonstrações financeiras societárias, e no entendimento de que os créditos advindos do prejuízo não se subsomem às hipóteses do art. 165 do CTN.

Em contrarrazões, a impetrante defende a natureza de créditos tributários dos créditos, como explicitado pelo art. 2º, § 7º, da Lei 9.964/00, pelo art. 33 da Lei 13.043/13 e pelo art. 3º, p. único, II, da Lei 13.496/17, autorizando a correção pela Taxa SELIC.

A Procuradoria Regional da República negou sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003045-41.2019.4.03.6110

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDSCHADO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: CHARLES ANTONIO TROGE MAZUTTI - PR70331-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Dá-se por existente o reexame necessário, por força do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/09.

No mérito, conforme jurisprudência histórica do STF, o conceito constitucional de renda vincula-se a um acréscimo patrimonial obtido “mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso (RE 117.887-6). Por seu turno, é assente também que a correção monetária de valores não configura acréscimo, mas tão somente preservação do valor real frente ao efeito inflacionário de determinado período (ADI's 4.357 e 4.225, e RESP 1.143.677).

Nesse sentir, sob a vigência da sistemática de indexação então prevista na Lei 7.799/89, determinava-se, basicamente, a correção monetária das demonstrações financeiras apuradas no ano fiscal e civil, considerando-se como lucro inflacionário o “saldo credor da conta de correção monetária ajustado pela diminuição das variações monetárias e das receitas e despesas financeiras computadas no lucro líquido do período-base” (art. 21 da Lei 7.799/89). Enquanto produto de recomposição monetária, o STJ sedimentou posição pela inexigibilidade da incidência do IRPJ/CSSL sobre os valores ali identificados, sob pena de se tributar lucro fictício. Destaque-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - CSSL. CORREÇÃO MONETÁRIA. BASE DE CÁLCULO. LEI 7.689/88. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA.

1. É cediço na Corte que: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado" (Súmula n.º 168/STJ). 2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, firmou entendimento segundo o qual a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro é o lucro real, excluído o lucro inflacionário (Precedentes das Turmas integrantes da Primeira Seção: REsp 415761/PR, Primeira Turma, publicado no DJ de 21.10.2002; AgRg no REsp 636344/PB, Primeira Turma, publicado no DJ de 04.12.2006; REsp 409300/PR, Segunda Turma, publicado no DJ de 01.08.2006; REsp 610963/CE, Segunda Turma, publicado no DJ de 05.09.2005; e AgRg no REsp 409384/PR, Primeira Turma, publicado no DJ de 27.09.2004). 3. A correção monetária posto não ser um plus que se acrescenta, mas um minus que se evita, não traduz acréscimo patrimonial, por isso que sua aplicação não gera qualquer incremento no capital, mas tão-somente restaura dos efeitos corrosivos da inflação. 4. Os precedentes assentam que: (a) esta contribuição não pode incidir sobre o lucro inflacionário. A contribuição só pode incidir sobre o lucro real, o resultado positivo, o lucro líquido e não sobre a parte correspondente à mera atualização monetária das demonstrações financeiras; (b) o chamado lucro inflacionário não realizado não é lucro real. A correção monetária não representa qualquer acréscimo ao valor corrigido e visa preservar o valor aquisitivo da moeda através do tempo; (c) o artigo 43, do CTN, estabelece que o imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, sendo certo que lucro inflacionário não é renda, não é aumento de capital; (d) não se confunde lucro inflacionário com lucro real. O primeiro engloba no seu quantitativo os ganhos reais da empresa devidamente atualizados. O ganho real, diferentemente, é unicamente o resultado da atividade econômica; (e) as demonstrações financeiras devem refletir a situação patrimonial da empresa, com o lucro efetivamente apurado, que servirá de base de cálculo para a cobrança do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro e do imposto sobre o lucro líquido; e (f) a correção monetária não traduz acréscimo patrimonial. Sua aplicação não gera qualquer incremento no capital, mas tão-somente restaura dos efeitos corrosivos da inflação. Por este prisma, não há como fazer incidir, sobre a mera atualização monetária, Imposto de Renda, sob pena de tributar-se o próprio capital. 5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 436302 / PR / STJ – PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / 22.08.07)

O entendimento vem sido acompanhado: AgRg no REsp 1344036 / PR / STJ – SEGUNDA TURMA / MIN. HERMAN BENJAMIN / 06.11.12, ApCiv 0015336-10.1990.4.03.6100 / TRF3 – QUARTA TURMA / DESª FED MÔNICA NOBRE / 15.08.2019 e ApCiv 0002255-98.2003.4.03.6112 / TRF3 – QUARTA TURMA / DESª MARLI FERREIRA / 01.08.2019 e Caulnom0031107-57.2011.4.03.0000 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / 09.10.14.

A partir da vigência da Lei 9.249/95 e de seu art. 4º, imbuído da estabilidade trazida pelo Plano Real, ficou “revogada a correção monetária das demonstrações financeiras de que tratam a Lei 7.799, de julho de 1989, e o art. 1º da Lei 8.200, de 28 de julho de 1991”. Ou seja, passou-se a instituir o nominalismo na apuração financeira das empresas, ressalvadas situações específicas previstas em lei, expurgando a questão inflacionária e a indexação das notas contábeis apuradas.

Consequentemente, os índices de correção monetária só podem ser considerados para fins tributários quando sua lei de regência assim autoriza. Instituído-se que somente os valores nominais serão considerados para a apuração no ano fiscal, afastando-se índices de recomposição monetária tanto para as receitas quanto para as despesas (e para a apuração de créditos advindos de prejuízo), trazer a correção monetária como fator para esses elementos seria deturpar a sistemática eleita pelo legislador.

Por este prisma, utilizar a mesma régua adotada no lucro inflacionário, elemento contábil precisado quando existente também a indexação no regime de apuração, para o creditamento oriundo de prejuízos fiscais de anos anteriores, é mesclar sistemas de apuração diversos em prol do contribuinte, reindexando receitas obtidas sem a correspondente reindexação de outras notas contábeis. É o que se destaca nos seguintes julgados, *mutatis mutandis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. NECESSIDADE DE LEI. ART. 4º DA LEI Nº 9.249/1995. PRECEDENTES. 1. Afastada a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, eis que o acórdão recorrido se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. 2. O Supremo Tribunal Federal entendeu destituída de repercussão geral a questão suscitada no RE 1.159.714-RG/SP (supressão da correção monetária das demonstrações financeiras para efeito do IRPJ e da CSSL com base no art. 4º da Lei nº 9.249/1995) por tratar-se de litígio referente a matéria infraconstitucional. 3. Esta Corte entende que a correção monetária das demonstrações financeiras depende de lei que a autorize. Com efeito, o art. 4º, parágrafo único, da Lei 9.249/95 veda a correção monetária sobre as demonstrações financeiras. Não é permitido ao Poder Judiciário, atuando como legislador positivo, modificar o entendimento legal e determinar o indexador que lhe pareça mais adequado. Nesse sentido: AgRg no AREsp 724863/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/08/2015. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1306378 / SP / STJ – SEGUNDA TURMA / MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES / 04.02.2020)

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. IMPOSTO DE RENDA. RENDA FIXA. INCIDÊNCIA SOBRE OS RENDIMENTOS DE LETRAS FINANCEIRAS TESOURO - LFT'S. BASE DE CÁLCULO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 65, §§1º E 2º, DA LEI N. 8.981/95.

1. O presente recurso foi interposto na vigência do CPC/1973, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo N° 2: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça". 2. 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. 3. As Letras Financeiras do Tesouro - LFT possuem fluxo de pagamento simples, ou seja, o investidor faz a compra e recebe o rendimento apenas uma vez, quando o devedor faz o resgate na data de vencimento do título, junto com o valor do principal, incidindo aí o Imposto de Renda. Sendo assim, no vencimento do título há, inexoravelmente, o seu resgate ou a sua repactuação (manutenção do investimento) e ambas as situações estão previstas no art. 65, §§1º e 2º, da Lei n. 8.981/95 como hipóteses de incidência do Imposto de Renda, pois nelas há a disponibilidade jurídica e econômica dos valores correspondentes aos títulos. 4. Como já mencionado em outra ocasião por esta Corte, "não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira. Enquanto esta última se refere à imediata "utilidade" da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros" (REsp. N° 983.134 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008). 5. Impossível deduzir a inflação do período do investimento da base de cálculo do imposto. Isto porque a inflação corresponde apenas à atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo, que é permitida pelo art. 97, §2º, do CTN, independente de lei, já que não constitui majoração de tributo. 6. Quanto à responsabilidade tributária, registra o art. 65, §8º, da Lei n. 8.981/95 que é responsável pela retenção do imposto a pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento (situação que, no caso, ocorre em sua liquidação quando do vencimento do título), não sendo o caso de incidência do art. 54, da Lei n. 7.799/89, porque não se trata de cessão do título, mas de vencimento do título com nova aplicação posterior. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1385164 / PE / STJ – SEGUNDA TURMA / MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES / 04.08.16)

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO-FISCAL. CORREÇÃO MONETÁRIA DE VALORES RETIDOS A TÍTULO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. REVOGAÇÃO PELO ART. 88, XXIV, Lei 9.430/96. IRRETROATIVIDADE E ANALOGIA. 1 - Para corrigir monetariamente os valores retidos na fonte a título de imposto de renda sobre aplicações financeiras, com reflexos no IRPJ, tal operação deve estar especificada em Lei, o que não se verifica no caso dos autos, uma vez que o art. 88, XXIV, Lei 9.430/96 revogou expressamente o art. 33, o § 4º do art. 37 e os arts. 38, 50, 52 e 53, o § 1º do art. 82 e art. 98, todos da Lei n° 8.981/95, obstando com isso a utilização da correção monetária das demonstrações financeiras. 2 - No Direito Tributário deve prevalecer o texto de Lei em sua forma literal, não sendo permitido em Juízo, diante da ausência de previsão legal, incrementar o sistema normativo com elementos dedutíveis ou modificadores da base de cálculo do IRPJ. 3 - Em casos similares, esta corte já teve a oportunidade de se manifestar acerca da possibilidade de alteração de tais critérios fiscais por normas infralegais, afastando as teses de inconstitucionalidade, aplicação isonômica de tratamento e violação ao princípio da irretroatividade que assegurasse à parte autora o direito à correção monetária das suas demonstrações financeiras, com reflexos no IRPJ. 4 - Recurso de apelação improvido. (Ap 0012814-63.1997.4.03.6100 / TRF3 – QUARTA TURMA / DESª. FED. ALDA BASTO / 16.07.15)

Nesse sentido também: ApelRemNec 5003195-47.2018.4.03.6113 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOM DI SALVO / 19.06.2020.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo e ao reexame necessário para denegar a segurança.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ATUALIZAÇÃO PELA TAXA SELIC DE CRÉDITOS DE IRPJ/CSLL ORIUNDOS DE PREJUÍZOS ANTERIORES. LEI 9.249/95. SISTEMA DE APURAÇÃO NOMINAL. INEXISTÊNCIA DE NORMA PERMITINDO CORREÇÃO. RECURSO E REEXAME PROVIDOS PARA DENEGAR A SEGURANÇA.

1. Dá-se por existente o reexame necessário, por força do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/09.

2. Conforme jurisprudência histórica do STF, o conceito constitucional de renda vincula-se a um acréscimo patrimonial obtido "mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso (RE 117.887-6). Por seu turno, é assente também que a correção monetária de valores não configura acréscimo, mas tão somente preservação do valor real frente ao efeito inflacionário de determinado período (ADI's 4.357 e 4.225, e RESP 1.143.677).

3. Nesse sentir, sob a vigência da sistemática de indexação então prevista na Lei 7.799/89, determinava-se, basicamente, a correção monetária das demonstrações financeiras apuradas no ano fiscal e civil, considerando-se como lucro inflacionário o “saldo credor da conta de correção monetária ajustado pela diminuição das variações monetárias e das receitas e despesas financeiras computadas no lucro líquido do período-base” (art. 21 da Lei 7.799/89). Enquanto produto de recomposição monetária, o STJ sedimentou posição pela inexigibilidade da incidência do IRPJ/CSLL sobre os valores ali identificados, sob pena de se tributar lucro fictício. Precedentes.

4. A partir da vigência da Lei 9.249/95 e de seu art. 4º, inbuído da estabilidade trazida pelo Plano Real, ficou “revogada a correção monetária das demonstrações financeiras de que tratava Lei 7.799, de julho de 1989, e o art. 1º da Lei 8.200, de 28 de julho de 1991”. Ou seja, passou-se a instituir o nominalismo na apuração financeira das empresas, ressalvadas situações específicas previstas em lei, expurgando a questão inflacionária e a indexação das notas contábeis apuradas.

5. Os índices de correção monetária só podem ser considerados para fins tributários quando sua lei de regência assim autoriza. Instituído-se que somente os valores nominais serão considerados para a apuração no ano fiscal, afastando-se índices de recomposição monetária tanto para as receitas quanto para as despesas (e para a apuração de créditos advindos de prejuízo), trazer a correção monetária como fator para esses elementos seria deturpar a sistemática eleita pelo legislador. Por este prisma, utilizar a mesma régua adotada no lucro inflacionário, elemento contábil precisado quando existente também a indexação no regime de apuração, para o creditamento oriundo de prejuízos fiscais de anos anteriores, é mesclar sistemas de apuração diversos em prol do contribuinte, reindexando receitas obtidas sem a correspondente reindexação de outras notas contábeis. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo e ao reexame necessário para denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002316-58.2019.4.03.6128

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

APELANTE: COLISEU PRESENTES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - SP373479-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002316-58.2019.4.03.6128

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

APELANTE: COLISEU PRESENTES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - SP373479-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta por COLISEU PRESENTES LTDA contra sentença denegatória de seu pedido de segurança, feito para que lhe seja reconhecido o direito de excluir valores de ICMS da base de cálculo do IPI, e de compensar os indébitos tributários.

Segundo a impetrante, o texto constitucional é claro ao delimitar como base de cálculo do IPI o valor da operação de saída da mercadoria. Porém, o art. 14 da Lei 4.502/64 desbordou da norma constitucional, incluindo despesas não afeitas ao valor da operação, como o ICMS incidente, enquanto ônus fiscal destinado aos cofres estaduais. Nesse sentido, destacou a tese fixada no RE 574.706.

Contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República negou sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002316-58.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO

APELANTE: COLISEU PRESENTES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - SP373479-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Constituição Federal trata do IPI no artigo 153, IV e §§ 1º e 3º. Atribui à União a competência para instituir o imposto e trata de suas características essenciais, a saber: possibilidade de alteração das alíquotas por decreto do Poder Executivo, observada a anterioridade nonagesimal (arts. 153, § 1º c/c art. 150, § 1º); seletividade; não cumulatividade; não incidência sobre exportações; e a redução de impacto sobre aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei.

A Constituição Federal não cuidou de todos os contornos do **fato gerador** do IPI (e isso nem seria tarefa dela), daí porque desde já repilo qualquer alegação de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI alteraria a sua *regra matriz constitucional*. Se a Constituição não deu - como nem poderia dar - toda a conformação do tributo, tarefa que logicamente é da lei legal, não se pode dizer que a inclusão de carga fiscal referente ao ICMS na base de cálculo do IPI por si só afrontou o artigo 153, IV e §§ 1º e 3º.

Coube ao Código Tributário Nacional, recepcionado pela atual Constituição, estabelecer o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto, o que está conforme o artigo 146, III, *a*.

Assim, o fato gerador do IPI é definido pelo artigo 46 do Código Tributário Nacional nos seguintes termos:

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.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

Pois bem, a legislação tributária estabelece que é fato gerador do IPI a **saída** de produtos industrializados do estabelecimento importador, industrial, comerciante ou arrematante.

Como ensina a eminente Ministra do STJ, Regina Helena Costa, em sua obra "Curso de Direito Tributário" (São Paulo, Saraiva, 2009, p. 352), o artigo 46 do Código Tributário Nacional apontou como fato gerador o *aspecto temporal* da hipótese de incidência do tributo. E, tratando das três hipóteses de incidência do IPI, leciona que, no caso do inciso II, a *materialidade* consiste em "realizar operação com produtos industrializados".

Quanto ao *aspecto temporal* da regra matriz de incidência tributária, especificamente no que tange a *saída do produto do estabelecimento industrial* (art. 46, II, do CTN), a citada autora explica que "a 'saída' não é meramente física (ex.: furto, incêndio), pois há que se estribar num negócio jurídico que implique a transferência de titularidade sobre o bem" (*in*: "Curso de Direito Tributário", São Paulo, Saraiva, 2009, p. 353).

Portanto, nos termos do artigo 46, II, do Código Tributário Nacional, é fato gerador do IPI a realização de **operação** com produtos industrializados que importe na **transferência da titularidade** do bem.

A base de cálculo do IPI, por seu turno, recebeu tratamento no artigo 47 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 47. A base de cálculo do imposto é:

I - no caso do inciso I do artigo anterior, o preço normal, como definido no inciso II do artigo 20, acrescido do montante:

- a) do imposto sobre a importação;*
- b) das taxas exigidas para entrada do produto no País;*
- c) dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis;*

II - no caso do inciso II do artigo anterior:

- a) o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;*
- b) na falta do valor a que se refere a alínea anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça do remetente;*

III - no caso do inciso III do artigo anterior, o preço da arrematação.

Constata-se que, nas hipóteses em que o critério temporal da hipótese de incidência do IPI é a **saída** do produto industrializado do estabelecimento, a base de cálculo da exação é o **valor da operação** (art. 47, II, *a*, do CTN), ou seja, o *preço final de saída da mercadoria do estabelecimento industrial*. Sendo o ICMS um tributo calculado *por dentro*, está **inserido no valor da operação**, que, por seu turno, constitui a base de cálculo do IPI.

Nesse sentido colaciono jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO IPI.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica em proclamar a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI. Precedentes: REsp. N° 610.908 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. N° 462.262 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007. 2. Recurso especial não provido.

(RESP 200401251439, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:30/09/2010 ..DTPB:.)

TRIBUTÁRIO - IPI - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO ICMS.

1. Doutrina e jurisprudência são unísonas em proclamar a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI. 2. Trata-se de uma espécie tributária, cujo cálculo é feito com o ICMS embutido e não em destaque, o que só ocorre a partir da primeira operação, como claro está no art. 47 do CTN. 3. Recurso especial improvido. ...EMEN:

(RESP 200302097727, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:10/10/2005 PG:00295 ..DTPB:.)

TRIBUTÁRIO - IPI - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO ICMS - SÚMULAS 68 E 94 DO STJ - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica em proclamar a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI. 2. Incidem, por analogia, as súmulas 68/STJ (A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS) e 94/STJ (A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL). Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 462.262/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJ 29/11/2007, p. 269)

Na mesma toada segue a jurisprudência desta E. Corte:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NOVO JULGAMENTO OPORTUNIZADO (ART. 543-C, § 7º DO CPC/1973). COBRANÇA JUDICIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI). NÃO RECOLHIMENTO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO MEDIANTE TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCELAMENTO. IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. TERMOS INICIAL E FINAL DE CONTAGEM DE PRAZO. PRESCRIÇÃO (ART. 174 DO CTN) E DECADÊNCIA (ART. 173, I DO CTN). ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS CONTIDOS NA EXORDIAL (ART. 515, § 2º DO CPC/1973, ATUAL ART. 1.013, § 2º DO CPC/2015). PROCURADOR FAZENDÁRIO. INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO. DESNECESSIDADE. DESCONTOS INCONDICIONAIS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IPI. PRAZO DE RECOLHIMENTO DO IPI. ALTERAÇÃO PELA PORTARIA MF 266/88. POSSIBILIDADE. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO IPI. ACESSÓRIOS DA DÍVIDA: JUROS MORATÓRIOS, MULTA DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA TRTRD COMO ÍNCIDE DE ATUALIZAÇÃO. VALORES EXPRESSOS EM UFIR. REGULARIDADE. PUBLICAÇÃO DA LEI N.º 8.383/91. NÃO VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E IRRETROATIVIDADE. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA NOS PARÂMETROS LEGAIS. OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS ESSENCIAIS. ADEQUAÇÃO MEDIANTE CÁLCULO ARITMÉTICO. ENCARGO DO DECRETO-LEI N.º 1.025/69. LEGALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. (...) 17. No tocante ao pleito de exclusão do ICMS da base de cálculo do IPI, considerando que o ICMS é um imposto indireto, inclui-se no valor da operação de saída da mercadoria do estabelecimento, que, por seu turno, constitui a base de cálculo do IPI. (...)

(Ap 0002084-47.2008.4.03.9999/TRF3 – SEXTA TURMA/DES. FED. CONSUELO YOSHIDA /e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2019)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. INCLUSÃO DO ICMS BASE DE CÁLCULO IPI. 1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de reconhecer a inexistência de relação jurídica que legitime a exigência fiscal de recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI com a inclusão, na respectiva base de cálculo, do montante correspondente ao ICMS devido ao Estado, decorrente das vendas das mercadorias, bem como declarar e reconhecer o direito de proceder o lançamento contábil e utilização dos valores/créditos decorrentes do pagamento indevido do imposto, corrigido monetariamente. 2. A questão já foi dirimida nos pretórios e resta pacificada, desde o extinto Tribunal Federal de Recursos, no sentido da higidez da inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI, não comportando, portanto, maiores digressões ((REsp 610908/PR; REsp 675.663/PR; AgRg no REsp 462.262/SC; TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, APELREEX 0057423-69.2000.4.03.9999; (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELREEX 1503466-65.1998.4.03.6114; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 1103692-24.1996.4.03.6109). 3. Assim é legítima a exigência fiscal, restando prejudicado o pedido de aproveitamento de créditos, posto que devidos os recolhimentos combatidos. 4. Agravo retido não conhecido. Apelação a que se nega provimento.

(Ap 0005330-13.2010.4.03.6109/TRF3 – TERCEIRA TURMA/DES. FED. ANTONIO CEDENHO /e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2017)

Destarte, o montante pago a título de ICMS está regularmente embutido no valor da operação tributada, sendo este o *motivo plausível* para se vedar à autora a exclusão do ICMS na apuração da base de cálculo do IPI, o que afasta a alegada violação ao princípio da legalidade e à proibição de bitributação.

Ademais, não há o menor fundamento na alegação de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI configuraria bitributação ou afronta ao art. 155, § 2º, II, da CF. A uma, pois é norma específica voltada para a tributação do ICMS. A duas, pois sua intelecção em momento algum veda a inclusão de tributos na base de cálculos de outros tributos.

Nesse sentido: ApCiv 5021-31.2018.4.03.6100/TRF3 – Sexta Turma/Des. Fed. Johanson di Salvo / 10.05.2019.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO IPI. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Constituição Federal não cuidou do **fato gerador** do IPI, daí porque se deve repelir qualquer alegação de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI alteraria a sua *regra matriz constitucional*. Se a Constituição não deu - como nem poderia dar - toda a conformação do tributo, tarefa que logicamente é *infralegal*, não se pode dizer que a inclusão de carga fiscal referente ao ICMS na base de cálculo do IPI, por si só afrontou o art. 153, IV e §§ 1º e 3º.

2. Nas hipóteses em que o critério temporal da hipótese de incidência do IPI é a **saída** do produto industrializado do estabelecimento, a base de cálculo da exação é o **valor da operação** (art. 47, II, *a*, do CTN), ou seja, o **preço final** de saída da mercadoria do estabelecimento industrial. Sendo o ICMS um tributo calculado *por dentro*, integra a base de cálculo do IPI. Precedentes do STJ e desta Corte.

3. O montante referente ao ICMS está embutido no valor da operação, sendo este o *motivo plausível* para se vedar ao contribuinte a exclusão do ICMS na apuração da base de cálculo do IPI, o que afasta a alegada violação ao princípio da legalidade e à proibição de bitributação.

4. Não há o menor fundamento na alegação de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI configuraria bitributação ou afronta ao art. 155, § 2º, II, da CF. A uma, pois é norma específica voltada para a tributação do ICMS. A duas, pois sua inteligência em momento algum veda a inclusão de tributos na base de cálculos de outros tributos.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014806-02.2019.4.03.6100

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

APELANTE: LEVI STRAUSS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: DALSON DO AMARAL FILHO - SP151524-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LEVI STRAUSS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: DALSON DO AMARAL FILHO - SP151524-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014806-02.2019.4.03.6100

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

APELANTE: LEVI STRAUSS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: DALSON DO AMARAL FILHO - SP151524-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LEVI STRAUSS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: DALSON DO AMARAL FILHO - SP151524-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de tutela de evidência pleiteada por LEVI STRAUSS DO BRASIL INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA em face da UNIÃO FEDERAL objetivando autorização para que proceda como recolhimento do PIS e da COFINS sem a inclusão do ICMS (faturado) em suas bases de cálculo.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 485, V, do CPC/15, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios fixados (ID 139823953 e 139823960).

A União Federal apelou (ID 139823955). Questiona a declaração de inconstitucionalidade do § 19 do art. 85 do NCPC e dos arts. 27 a 36 da Lei 13.327/16, com a destinação dos honorários devidos pela parte autora ao Tesouro Nacional.

A parte autora também interpôs apelação (ID 139823963). Argumenta ser cabível o pleito de tutela de evidência, nos termos do art. 311 do NCPC, uma vez que o seu direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não obstante reconhecido nos autos do mandado de segurança nº 0011572-83.2008.4.03.6100, está sendo indevidamente obstado pela Administração. Aduz que indicou, na inicial, que a peça seria incidental ao mandado de segurança já aforado e que partiu do MM. Magistrado a escolha do rito. Por fim, pugna pelo afastamento da sua condenação em honorários.

Contrarrazões apresentadas (ID 139823968).

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014806-02.2019.4.03.6100

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

APELANTE: LEVI STRAUSS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: DALSON DO AMARAL FILHO - SP151524-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LEVI STRAUSS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: DALSON DO AMARAL FILHO - SP151524-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, improcede a alegação da autora de que não teria deduzido seu pedido como procedimento comum e que teria indicado, em sua inicial, que a peça então apresentada era incidental do mandado de segurança já aforado. Embora faça, de fato, referência ao MS nº 0011572-83.2008.4.03.6100, a parte em momento algum pede pela distribuição em dependência daquela ação. Pelo contrário, a petição protocolada foi dirigida ao “SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DE UMA DAS VARAS DA JUSTIÇA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO”, tendo a parte expressamente pugnado pela citação da ré e pela produção de provas, e promovido o recolhimento de custas.

Observo, ainda, que em sua réplica a autora se limitou a refutar a ocorrência de litispendência, mas em momento algum se opôs ao rito adotado pelo Juízo *a quo*, de modo que descabe, neste momento processual – a apenas porque o resultado da ação lhe foi desfavorável – questioná-lo.

Como bem apontado pelo MM. Magistrado, “inexiste previsão acerca do cabimento de tutela de evidência em processo autônomo, diverso do principal no qual se requer a concessão do bem da vida”. Por essa razão, “a presente petição inicial foi tomada como procedimento comum, com análise de tutela de evidência, contestação e réplica” e, uma vez que a demanda possui as mesmas partes, pedido e causa de pedir que o mandado de segurança nº 0011572-83.2008.4.03.6100, restou reconhecida a **litispendência**.

Entendo, ainda, que sequer o pedido de tutela de evidência no bojo daquele mandado de segurança (modo correto de se fazer o pleito, nos termos do art. 299 do NCPC), teria cabimento na espécie. Explico: de modo raso, a tutela de evidência serve para que a parte obtenha, antecipada e provisoriamente, a satisfação do seu direito. No caso, de acordo com a documentação colacionada pela autora, o direito pleiteado (exclusão do ICMS destacado da base de cálculo do PIS/COFINS) **já lhe foi assegurado** em acórdão proferido pela E. Sexta Turma desta Corte, estando pendentes apenas os recursos extraordinário e especial interpostos pela União Federal, *que não possuem efeito suspensivo*. Ou seja, a autora carece de interesse na presente postulação.

E mesmo que houvesse interesse (o que considero apenas para enriquecer o debate), parece-me que a competência para a análise do pleito seria dos tribunais superiores, uma vez que já encerrada a jurisdição desta E. Corte e do Juízo de origem.

É certo que a parte, por vezes, pode encontrar resistência à realização do direito que lhe foi reconhecido judicialmente. Mas não é de qualquer modo que verá a situação ser resolvida. A parte deve noticiar ao Juízo da causa o descumprimento da decisão judicial ou até, se for o caso, impetrar mandado de segurança. Pleito autônomo de tutela de evidência, porém, não tem cabimento.

O apelo da União, por sua vez, merece provimento.

A previsão legal contida no art. 85, § 19, do CPC/15 é compatível com o regime de subsídios ao qual a classe está sujeita, conferindo apenas, nos dizeres do Prof. Nelson Nery Júnior, tratamento igualitário para os advogados públicos e privados, garantindo-se a natureza alimentar da verba em ambas as situações (Código de Processo Civil Comentado. Editora Revista dos Tribunais, 16ª Edição, p.481/482).

Nesse sentido, milita a jurisprudência do STJ e deste TRF3: REsp 1644846/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017, REsp 1636124/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 27/04/2017, TRF 3ª Região, 6ª Turma - ApCiv 5025075-71.2017.4.03.6100 – Desª Fed Cecília Marcondes - Intimação via sistema DATA: 09/01/2020 e TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000340-89.2018.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 09/11/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/11/2018 e ApCiv 5015994-98.2017.4.03.6100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSON DI SALVO / 04.04.2020.

Não se entreve vício de inconstitucionalidade nos dispositivos que o Juízo entendeu maculados.

Quanto à quantificação dessa verba honorária, pode parecer exacerbada diante das questões atinentes ao processo, essencialmente de Direito, e o consequente grau de desforço dos causídicos; todavia, como a parte adversa não se insurgiu contra isso (limitando-se a pugnar genericamente pelo afastamento da condenação), não há espaço para alteração diante da vedação de *reformatio in pejus*.

Cumprir observar, por fim, que no regime do CPC/15 há incidência de condenação em verba honorária na fase recursal, de ofício ou a requerimento do adverso (art. 85, § 1º, *fine*, combinado com o § 11), o que pode se dar cumulativamente como que ocorreu na fase de cognição (cf. Nelson Nery e Rosa Nery, Comentários ao CPC/15, ed. RT, 2ª tiragem, pág. 433). No sentido da aplicabilidade de honorária em sede recursal já decidiu o Plenário do STF no RE 559782 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 19-04-2017 PUBLIC 20-04-2017. Isso já vinha ocorrendo no âmbito das Turmas, como se vê de RE 955845 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016) e ARE 963464 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 18-04-2017 PUBLIC 19-04-2017.

Bem por isso, na espécie, condeno a autora ao pagamento de honorários recursais em favor da União Federal, acrescendo-se **dois pontos percentuais** à verba fixada em primeiro grau, observando-se os limites máximos previstos nos respectivos incisos do § 4º do referido art. 85 do NCPC, valor que se mostra adequado e suficiente para remunerar de forma digna o trabalho despendido pelos patronos da parte adversa em sede recursal.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação da autora e **dou provimento** à apelação da União Federal.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA. DIREITO PLEITEADO JÁ VINDICADO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LITISPENDÊNCIA. AINDA: AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. HONORÁRIOS EM FAVOR DA ADVOCACIA PÚBLICA. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE SUBSÍDIOS. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO § 19 DO ARTIGO 85 DO NCPC.

1. Inexiste previsão acerca do cabimento de tutela de evidência em processo autônomo, diverso do principal no qual se requer a concessão do próprio "bem da vida". Por essa razão, a presente petição inicial foi recebida como procedimento comum, com análise de tutela de evidência, contestação e réplica e, uma vez que a demanda possui as mesmas partes, pedido e causa de pedir que o mandado de segurança nº 0011572-83.2008.4.03.6100, restou reconhecida a litispendência.

2. Improcede a alegação da autora de que não teria deduzido seu pedido como procedimento comum e que teria indicado, em sua inicial, que a peça então apresentada era incidental do mandado de segurança já aforado. Embora faça, de fato, referência ao MS nº 0011572-83.2008.4.03.6100, a parte em momento algum pede pela distribuição em dependência daquela ação. Pelo contrário, a petição protocolada foi dirigida ao "SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DE UMA DAS VARAS DA JUSTIÇA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO", tendo a parte expressamente pugnado pela citação da ré e pela produção de provas, e promovido o recolhimento de custas. Em sua réplica, a autora se limitou a refutar a ocorrência de litispendência, mas em momento algum se opôs ao rito adotado pelo Juízo *a quo*, de modo que descabe, neste momento processual – a apenas porque o resultado da ação lhe foi desfavorável – questioná-lo.

3. Sequer o pedido de tutela de evidência no bojo daquele mandado de segurança teria cabimento na espécie, diante da ausência de interesse processual, uma vez que o direito pleiteado pela autora (exclusão do ICMS destacado da base de cálculo do PIS/COFINS) já lhe foi assegurado em acórdão proferido pela E. Sexta Turma desta Corte, estando pendentes apenas os recursos extraordinário e especial interpostos pela União Federal, que não possuem efeito suspensivo.

4. A previsão legal contida no art. 85, § 19, do CPC/15 é compatível com o regime de subsídios ao qual a classe está sujeita, conferindo apenas, nos dizeres do Prof. Nelson Nery Júnior, tratamento igualitário para os advogados públicos e privados, garantindo-se a natureza alimentar da verba em ambas as situações (Código de Processo Civil Comentado. Editora Revista dos Tribunais, 16ª Edição, p.481/482). Não se entreve vício de inconstitucionalidade nos dispositivos que o Juízo entendeu maculados. Precedentes.

5. Com fulcro no art. 85, § 11, do NCPC, resta a autora condenada ao pagamento de honorários recursais em favor da União Federal, acrescendo-se dois pontos percentuais à verba fixada em primeiro grau, observando-se os limites máximos previstos nos respectivos incisos do § 4º do referido art. 85 do NCPC, valor que se mostra adequado e suficiente para remunerar de forma digna o trabalho despendido pelos patronos da parte adversa em sede recursal.

6. Apelação da autora improvida. Apelação fazendária provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da autora e deu provimento à apelação da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RIO JORDAO PAPEIS S.A.

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

Advogados do(a) APELADO: JOSE RENATO GAZIERO CELLA - PR25250-A, REGIANE BINHARA ESTURILIO WOICIECHOVSKI - SP304983-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0028765-87.2003.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RIO JORDAO PAPEIS S.A.

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

Advogados do(a) APELADO: JOSE RENATO GAZIERO CELLA - PR25250-A, REGIANE BINHARA ESTURILIO WOICIECHOVSKI - PR27100-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por RIO JORDAO PAPEIS S.A. em face da UNIÃO FEDERAL objetivando a revisão dos débitos incluídos no REFIS, excluindo-se os valores relativos ao PIS objeto do mandado de segurança nº 107634-5, onde restou reconhecido o direito da autora de recolher o tributo em questão com base na Lei Complementar nº 07/70, afastando-se o que previsto pelos decretos-lei nº 2.445/88 e nº 2.449/88.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, julgando **procedente** a ação. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios fixados. Decisão submetida à remessa necessária (autos físicos, fls. 1219/1221).

A UNIÃO apelou (fls. 1226/1228).

Com fulcro no art. 932 do CPC/15, este Relator **não conheceu** do recurso fazendário e **negou provimento** à remessa necessária (ID 127948122).

A UNIÃO interpõe, agora, recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC/15, repisando as razões já exaradas em seu apelo (ID 134545987).

Contrarrazões apresentadas (ID 136410210).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0028765-87.2003.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: JOSE RENATO GAZIERO CELLA - PR25250-A, REGIANE BINHARA ESTURILIO WOICIECHOVSKI - PR27100-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cuida-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL, nos termos do art. 1.021 do CPC/15, contra decisão monocrática que não conheceu do seu recurso de apelação.

Na situação vertente, os argumentos expendidos pela agravante, que não vão além da repetição daqueles já deduzidos em sede da apelação, não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, razão pela qual as reitero, adotando-as como razão de decidir deste agravo.

A apelação fazendária não foi conhecida, porquanto atingida pela preclusão, uma vez que a União expressamente concordou com o crédito apurado pelo perito judicial em favor da parte autora (fl. 1215), de modo que não pode, posteriormente, se insurgir contra o pleito autoral, sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé e à vedação ao *venire contra factum proprium*.

Nesse sentido:

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GARANTIR ACESSIBILIDADE NA SEDE DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM PEDERNEIRAS/SP. DIREITO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. MUDANÇA PARA OUTRO IMÓVEL NO CURSO DA AÇÃO. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. REQUERIMENTO DO MPF DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ALTERAÇÃO POSTERIOR DE ENTENDIMENTO. VIOLAÇÃO PRINCÍPIO DA UNIDADE DO MPF. PRECLUSÃO. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. A ação civil pública foi instruída com o Inquérito Civil Público nº. 1.34.003.000084/2013-41, instaurado para apurar eventuais irregularidades na estrutura do prédio da Justiça do Trabalho em Pederneiras/SP, localizado na Rua Professor Antonio Volponi, O-11. 2. No curso da presente ação, depois de instaurado o contraditório e realizada audiência de tentativa de conciliação, a União noticiou nos autos a mudança da sede da Justiça do Trabalho em Pederneiras/SP para novo imóvel, localizado na Rua José Fernandes, 546, Jardim Acarai, naquele município (f. 91/91v). Informou, ainda, que a implantação dos itens de acessibilidade no novo imóvel estaria em fase final, com previsão de término para 03/04/2017 (f. 99). 3. Diante do quanto informado, o Órgão Ministerial requereu a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI e §3º, do Código de Processo Civil, por superveniente perda do interesse de agir, dada a modificação do objeto da lide, com o que concordou o r. Juízo a quo, extinguindo o feito, sem resolução do mérito (f. 111/111v). 4. O Parquet Federal, por meio de outro membro oficiante, sustentando posicionamento divergente daquele adotado pelo Órgão Ministerial que presidiu o inquérito civil e ajuizou a presente ação civil pública, interpôs recurso de apelação contra a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito. 5. A Constituição Federal, em seu artigo 127, §1º, elenca os princípios institucionais do Ministério Público Federal, quais sejam, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. 6. De acordo com o princípio da unidade os membros do Ministério Público atuam enquanto um só corpo, consistindo em vontade una, de modo que a manifestação de vontade de cada um de seus membros representa a manifestação de todo o órgão. 7. A indivisibilidade, decorrente do princípio da unidade, funda-se na concepção de que os membros do Ministério Público não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos reciprocamente, de acordo com as normas legais. 8. Pelo princípio da independência funcional, os membros do Ministério Público não estão subordinados intelectual ou ideologicamente a quem quer que seja, a nenhum poder hierárquico, podendo atuar segundo a sua consciência e de acordo com os ditames legais. 9. Note-se que a interpretação isolada do princípio da independência funcional do Ministério Público poderia levar à equivocada conclusão de que seria legítimo aos membros da citada instituição, atuar, na qualidade de parte, de maneira conflitante no âmbito de um mesmo processo. 10. No entanto, é imperioso lembrar que o Ministério Público é uno, e diante do princípio da unidade, quando figura em juízo em nome próprio (como o faz o Parquet na ação civil pública, como autor), deve se comportar de maneira condizente, de modo que ainda que não haja subordinação intelectual de seus membros a quem quer que seja, eventual manifestação contraditória, na sequência de um ato processual realizado por membro distinto do mesmo órgão, significa quebra da unidade do Parquet. 11. Cumpre ponderar, ainda, que quando o Ministério Público atua como órgão agente deve-se posicionar no jogo processual de acordo com os princípios e regras legais que norteiam o processo judicial, assumindo consequentemente a plêiade de poderes, deveres, ônus e faculdades processuais próprios daquele estado. 12. Nesse sentido, não se pode olvidar que um dos pilares do processo civil está assentado na concepção de 'marcha para a frente', não comportando retorno às etapas vencidas. A essa impossibilidade de retrocesso, portanto, dá-se o nome de preclusão, que pode ser de várias espécies. Importa-nos, no caso, a preclusão em sua vertente lógica que é a extinção da possibilidade de prática de ato processual em virtude de ato anterior incompatível com aquele, cujo substrato é a vedação ao *venire contra factum proprium*. 13. Assim, atentando-se para os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, e também sob o prisma da segurança jurídica, tendo sido requerida a extinção do processo sem resolução do mérito por um membro do Parquet Federal, que entendeu pela perda superveniente do objeto da ação, incabível a manifestação de outro membro postulando a reforma da sentença que acolheu o requerimento anteriormente formulado pelo autor; de modo que a preclusão há de operar-se em toda a sua plenitude. Precedentes deste e. TRF3. 14. Apelação do Ministério Público Federal não conhecida. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2283379 - 0005339-02.2015.4.03.6108, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 06/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2018)*

O mesmo entendimento deve, necessariamente, ser aplicado ao presente agravo interno, pois se a União não tinha mais direito de discutir a questão em sede de apelação, também não o terá nos recursos subsequentes.

É certo que, por conta da remessa necessária a qual a r. sentença foi submetida, julgada monocraticamente por este Relator, haveria (em tese) o direito de a União interpor agravo interno. Tal possibilidade, porém, não se sobrepõe à preclusão observada no caso.

Observo, ainda, que a agravante não questiona a ocorrência de preclusão, olvidando-se da regra insculpida no art. 1.021, § 1º, do NCPC, o que induz, igual e necessariamente, ao não conhecimento deste recurso.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Ante o exposto, **não conheço** do agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/15. PRECLUSÃO DO DIREITO DA UNIÃO DE DISCUTIR O MÉRITO DA AÇÃO. RECONHECIMENTO EXPRESSO DO PEDIDO AUTORAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E À VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. QUESTÃO JÁ DEFINIDA EM SEDE DE APELAÇÃO E NÃO IMPUGNADA NESTE RECURSO. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006726-27.2011.4.03.6000

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

APELANTE: WILSON ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VALERIANO DE SOUZA FONTOURA - MS6277-A

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006726-27.2011.4.03.6000

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

APELANTE: WILSON ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VALERIANO DE SOUZA FONTOURA - MS6277-A

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de **apelação** interposta por **Wilson Roberto Mariano de Oliveira** contra sentença que julgou improcedentes os **embargos à execução** nº 0004663-49.1999.4.03.6000, ajuizada pelo **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE**.

Narra o embargante, em sua inicial, que o débito executado é originário de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, nos autos de Tomada de Contas Especial, TC-424.003/93-7.

Afirma que, enquanto prefeito do município de Paranaíba recebeu o valor de CZ\$ 5.500.000,00, por meio de convênio com o FNDE para a construção de três unidades escolares, ocorrendo a liberação da verba em 03.11.1988, a menos de sessenta dias do fim de seu mandato, pois a posse do novo prefeito ocorreria em 01.01.1989.

Alega que por esse motivo e ainda em razão da crise inflacionária em que vivia o país, aplicou o dinheiro liberado na construção de outra unidade escolar na Fazenda Campeiro, de propriedade de Anilson Alves Queiroz, onde a comunidade precisava de apoio imediato. Afirma que tal fato foi comunicado e aceito pela DEMEC/MS, que aprovou a prestação de contas.

Sustenta, preliminarmente, a ocorrência de prescrição, uma vez que a decisão proferida pelo TCU data de 29.09.1994, tendo a ação executiva sido instaurada em 29.06.1999 e a citação do embargante ocorrido em 02.09.2001. Aduz que os créditos em questão têm cunho tributário e por isso deve prevalecer a tese de que expiram em cinco anos.

Quanto ao mérito, sustenta, em síntese, que após sua saída da prefeitura, a Procuradoria da República encaminhou ofício à DEMEC informando veiculações na imprensa a respeito de suposta apropriação de verba pública pelo embargante. A DEMEC determinou vistoria *in loco* e foi iniciado o processo de tomada de contas especial, em que apesar da apresentação de defesa, não obteve êxito.

Argumenta que da construção da escola não resultou prejuízo, que a denúncia foi feita em razão de rixa política entre o embargante e seu sucessor, que os funcionários da DEMEC que fizeram a vistoria não juntaram documentos idôneos comprovando suas conclusões, que o procedimento da comissão especial de inquérito instaurado pela Câmara Municipal de Paranaíba para apurar suposto desvio de verba pública foi nulo, que na esfera penal a denúncia não foi recebida e que suas contas foram aprovadas pela Câmara Municipal.

Afirma que a Lei nº 8443/92 não pode retroagir, primeiramente porque não houve dano ao erário e porque à época não existia a modalidade de sanção imposta ao embargante.

Por fim, argui que não houve culpa de sua parte na consecução dos recursos oriundos do convênio, pois não lhe imputaram dano ao erário ou que não tenha aplicado convenientemente os recursos.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 17.500,00.

Os embargos foram recebidos sem efeito suspensivo (id 139337874, pag. 11).

O FNDE apresentou **impugnação** (139337874, pags. 14/26) em que refutou a ocorrência de prescrição. Defendeu, outrossim, a legitimidade do título executivo do TCU. Afirmou que do exame da conta criada para o recebimento da verba restou evidenciado desvio de sua finalidade e má gestão.

Ressaltou que os recursos foram repassados para a construção de três escolas e, na prestação de contas restou declarada que uma única unidade escolar foi construída e nas visitas técnicas se constatou a existência de uma sala de aula, construída pela comunidade. Por fim, frisou a independência das instâncias civil, penal e administrativa.

Réplica apresentada (id 139337878, pag. 5/12).

O embargante postulou a produção de provas pericial, documental e testemunhal (id 139337878 15/17), indeferida pelo Juízo *a quo* (id 139337878, pag. 20/21).

Sobreveio **sentença que rejeitou os embargos** à execução (id 139337878, pag. 26/33).

Considerou a não ocorrência de prescrição, bem como a não comprovação de qualquer vício de nulidade no procedimento em que foi proferido o acórdão do TCU em execução.

Condenou o embargante ao pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. Custas devidas pelo embargante.

Inconformado, **apela** o embargante, repisando os argumentos deduzidos na inicial.

Ressalta que houve seu cerceamento de defesa no procedimento da Comissão Especial de Inquérito da Câmara Municipal da Paranaíba e que o TCU não considerou documentos probatórios e depoimentos prestados tanto na esfera administrativa quanto judicial, bem como a prestação de contas apresentada à DEMEC.

Afirma, de outra parte, estarem incompletos os laudos da DEMEC e do FNDE sobre a unidade escolar construída e evados de erros os depoimentos produzidos por seus funcionários.

Foram apresentadas **contrarrazões** pelo FNDE (id 139337879, pags. 26/27).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006726-27.2011.4.03.6000

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: WILSON ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE VALERIANO DE SOUZA FONTOURA - MS6277-A

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

No caso, o acórdão proferido no TC- 424.003/93-7 julgou irregulares as contas do embargante, com fundamento nos arts. 1º, I, 16, III, b, 19, *caput*, e 23, III, da Leirº 8.443/92.

Afirma o recorrente que a liberação da verba no valor de CZ\$ 5.500.000,00, por meio de convênio com o FNDE para a construção de três unidades escolares, ocorreu em 03.11.1988.

Por outro lado, verifica-se que o processo de Tomada de Contas Especial foi criado em 01.02.1993.

Nesse sentido, não houve o transcurso do prazo prescricional quinquenal, pois a instauração do processo na Corte de Contas não superou esse lapso temporal e ele não flui enquanto julgadas as contas.

Veja-se nesse sentido (*a contrario sensu*):

EMBARGOS À EXECUÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DECISÃO DO TCU. PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE. RE 636.886. TEMA 899 DO STF. INSTAURAÇÃO DA TOMADA DE CONTAS. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. LIMITES TEMPORAIS. SEGURANÇA JURÍDICA E AMPLA DEFESA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO EM VALOR FIXO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DO EMBARGANTE PROVIDA. APELAÇÃO DA EMBARGADA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. No RE 636.886, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese: “Tema 899 – É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

2. Conforme asseverado no voto do e. Ministro Alexandre de Moraes, a prescrição correlaciona-se com a segurança jurídica e o devido processo legal, pois corresponde a um prazo para o Estado exercer sua pretensão punitiva, de modo que a imprescritibilidade somente pode ser admitida em casos excepcionais.

3. No caso em comento, o embargante atuou como gerente da Caixa Econômica Federal no período de 1989 a 1991; em 20.06.1991, concedeu empréstimo a empresa inadimplente, agindo, em tese, em desacordo com normas internas da instituição; em decorrência disso, foi instaurado procedimento de tomada de contas especial junto ao TCU – procedimento instaurado em 31.01.2006 e julgado definitivamente em 07.08.2012 – e, com base nesse título, a CEF ajuizou execução em 01.07.2013.

4. A instauração da tomada de contas especial, como exercício do poder-dever da Administração, deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar o administrado a ter que comprovar a qualquer tempo, mesmo após decorridos anos ou décadas, que fez uma correta aplicação das verbas que então gerenciava, em flagrante ofensa aos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa. Precedentes do STJ.

5. Em que pese o fato de o prazo prescricional não ter curso enquanto as contas estão sendo julgadas pelo TCU, cumpre reconhecer a ocorrência de prescrição, pois o lapso temporal havido entre a data dos fatos (20.06.1991) e a data da instauração do julgamento das contas pelo TCU (31.01.2006) é superior a 5 (cinco) anos.

6. No que tange à sucumbência, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso concreto, e com fulcro nos princípios da equidade, da causalidade e da razoabilidade, cumpre acolher o apelo da embargada e fixar os honorários advocatícios em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Apelação do embargante provida. Apelação da embargada parcialmente provida.

Por outro lado, diversamente do defendido pelo embargante, o acórdão que julgou irregulares as contas, proferido no processo TC- 424.003/93-7, data de 02.12.1997, tendo sido interposto pedido de reconsideração, não conhecido (em 01.09.1998) (id 139337866, pag. 27). Portanto, também não há que se falar em ocorrência de prescrição considerada a alegada data de citação de sua citação na execução, 02.09.2001.

Conforme constatado pela sentença, o recorrente alega cerceamento relacionado à comissão parlamentar de inquérito convocada pela Câmara Municipal de Paranaíba, contudo “o procedimento do TCU foi baseado, não só em diligências coletadas na referida comissão especial de inquérito, mas também em documentos emitidos pelo FNDE” (id 139337878, pag. 30).

Outrossim, não logrou comprovar não lhe ter sido oportunizada a defesa no procedimento do Tribunal de Contas.

Relativamente à questão probatória abordada, a sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão, lançando mão da técnica de motivação *per relationem*, amplamente adotada pelo Pretório Excelso e Superior Tribunal de Justiça (STF: ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 - ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 - HC 214.049/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 10/03/2015 - REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 - REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013. Recente aresto do STJ assim verbalizou: “...A iterativa jurisprudência desta Corte considera válida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado adota trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir. Tal prática não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade” (AgInt no AREsp 855.179/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 05/06/2019).

Assim, passo à transição do julgado:

“Quanto ao mérito da decisão do TCU, da mesma forma, o embargante não produziu qualquer prova que pudesse afastar a presunção de legitimidade e de veracidade que ostenta referida decisão administrativa da Corte de Contas sendo certo que o próprio embargante admite que, de fato, construiu uma escola em local diverso do que foi indicado no projeto aprovado pelo FNDE. Também não produziu qualquer prova que pudesse afastar os laudos de vistoria dos agentes do FNDE, que constataram a construção precária de uma sala de aula, não uma escola, de maneira precária, na fazenda Campeiro, lugar diverso do que previa o projeto enviado ao FNDE.

O embargante também não logrou demonstrar correta aplicação da verba pública em apreço, visto que os documentos analisados pelo TCU comprovam que na conta corrente aberta especificamente para o uso do numerário público em questão constavam ordens de pagamento a pessoas que não tinham ligação com a construção das escolas.

Dessa sorte, como responsável pelo órgão público beneficiado pela verba pública, tinha obrigação de providenciar a guarda de toda a documentação comprobatória do uso regular dos recursos públicos recebidos, assim como de fazer uso da verba em questão exclusivamente na construção das escolas rurais, mas não cumpriu seu dever.

Ainda, não vem em socorro do embargante o não recebimento da denúncia na esfera penal, em relação aos mesmos fatos aqui discutidos. É que a decisão penal não vincula a decisão deste Juízo, dado serem independentes as esferas”.

Dessa forma, apresenta-se fundamentada a decisão do TCU acerca do tema em questão, não tendo os argumentos do embargante, a quem cabe o ônus da prova, se mostrado aptos a desconstituí-la. Nesse sentido o *decisum* desta Sexta Turma:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EXECUÇÃO PARCIAL DO OBJETO DE CONVÊNIO. RESSARCIMENTO PELO EX-PREFEITO. ÔNUS DA PROVA DO TOMADOR DOS VALORES PÚBLICOS. CABIMENTO. ABSOLVIÇÃO NA SEARA PENAL POR AUSÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS.

1. A Tomada de Contas Especial é “um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento” (art. 2º da Instrução Normativa TCU n. 71/2012).

2. Segundo os pareceres técnicos apresentados na Tomada de Contas Especial, verificou-se que a Municipalidade deixou de implantar 1.081m de tubulação, ou seja, o equivalente a 31,45% do objeto do Convênio FUNASA n. 2.079/1998.

3. O ônus de provar a regularidade da utilização dos recursos públicos é do tomador destes valores e não do ente federativo. Precedentes do C. STF.

4. A decisão absolutória por ausência de provas (art. 386, inciso VI, do CPP, em sua redação originária) não influencia no âmbito administrativo. Precedentes do E. STJ.

5. Apeação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2001754 - 0001210-60.2011.4.03.6118, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 22/06/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/06/2017) (destaquei)

Acerca da independência de instâncias cito o precedente também desta Sexta Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO FINANCEIRA DE CONVÊNIO COM O MINISTÉRIO DO TURISMO. RESTITUIÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO.

- Em análise à prestação de contas apresentada, o Ministério do Turismo, após a regularização das ressalvas técnicas indicadas, concluiu pela aprovação da execução física do referido convênio, encaminhando os autos à área financeira para exame.

- Instaurada a tomada de contas especial, conclui o Ministério do Turismo que não foi comprovada a regular execução financeira do Convênio 555/2010, evidenciando-se o dano ao erário no montante original de R\$100.000,00 sob a responsabilidade do Sr. José Benedito Ferreira, na condição de ex-prefeito do município de Campina do Monte Alegre/SP.

- O ordenamento jurídico pátrio adota, como regra, a independência das instâncias civil, administrativa e penal, as quais são autônomas; portanto, o fato de ter havido o arquivamento do inquérito policial, o qual visava a investigação dos mesmos fatos, não impede a apuração e a consequente responsabilização do agravante no âmbito do Tribunal de Contas da União

- As alegações sustentadas pelo agravante quanto à ausência de irregularidades no Convênio nº 555/2010 demandam dilação probatória e exigem, no caso, o estabelecimento do necessário contraditório.

- Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5012097-24.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 06/10/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 13/10/2020) (destaquei)

Cumpra observar, por fim, que no regime do CPC/15 há incidência de condenação em verba honorária na fase recursal, de ofício ou a requerimento do adverso (art. 85, § 1º, *fine*, combinado com o § 11), o que pode se dar cumulativamente como que ocorreu na fase de cognição (cfr. Nelson Nery e Rosa Nery, *Comentários ao CPC/15*, ed. RT, 2ª tiragem, pág. 433). No sentido da aplicabilidade de honorária em sede recursal já decidiu o Plenário do STF no RE 559782 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 19-04-2017 PUBLIC 20-04-2017. Isso já vinha ocorrendo no âmbito das Turmas, como se vê de RE 955845 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016) e ARE 963464 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 18-04-2017 PUBLIC 19-04-2017.

Nesse cenário - recurso proposto sob a égide do CPC/15 e onde foram apresentadas contrarrazões - devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais; assim, para a sucumbência neste apelo - onde a atividade de resposta não exigiu esforços profissionais além do comum à espécie - fixo honorários de 5% incidentes sobre a honorária já imposta.

Pelo exposto, **nego provimento** à apelação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO: ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE: IRREGULARIDADE NAS CONTAS APRESENTADAS - AFASTADA A PRESCRIÇÃO - LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - ARGUMENTOS INAPTOS A DESCONSTITUIR O TÍTULO - INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. O acórdão proferido no TC- 424.003/93-7 julgou irregulares as contas do embargante, com fundamento nos arts. 1º, I, 16, III, *b*, 19, *caput*, e 23, III, da Lei nº 8.443/92.

2. O processo de Tomada de Contas Especial foi criado em 01.02.1993. Não houve o transcurso do prazo prescricional quinquenal, pois a instauração do processo na Corte de Contas não superou esse lapso temporal e ele não fluiu enquanto julgadas as contas. Precedente.

3. Diversamente do defendido pelo embargante, o acórdão que julgou irregulares as contas no processo TC- 424.003/93-7, data de 02.12.1992, tendo sido interposto pedido de reconsideração, não conhecido (em 01.09.1998) (. Portanto, também não há que se falar em ocorrência de prescrição considerada a alegada data de citação na execução, 02.09.2001.

4. O recorrente alega cerceamento relacionado à comissão parlamentar de inquérito convocada pela Câmara Municipal de Paranaíba, contudo, conforme constatado na sentença "o procedimento do TCU foi baseado, não só em diligências coletadas na referida comissão especial de inquérito, mas também em documentos emitidos pelo FNDE". Outrossim, não logrou comprovar não lhe ter sido oportunizada a defesa no procedimento do Tribunal de Contas.

5. Relativamente à questão probatória abordada, a sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão.

6. Apresenta-se fundamentada a decisão do TCU, não tendo os argumentos do embargante, a quem cabe o ônus da prova, se mostrado aptos a desconstituí-la. Precedente desta Sexta Turma.

7. Acerca da independência de instâncias: precedente da Sexta Turma desta Corte.

8. Nesse cenário - recurso proposto sob a égide do CPC/15 e onde foram apresentadas contrarrazões - devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais; assim, para a sucumbência neste apelo - onde a atividade de resposta não exigiu esforços profissionais além do comum à espécie - fixo honorários de 5% incidentes sobre a honorária já imposta.

9. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5000153-66.2019.4.03.6141

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

APELANTE: MARIA ODETE CORDEIRO

Advogados do(a) APELANTE: LUANA DA PAZ BRITO SILVA - SP291815-A, NALIGIA CANDIDO DA COSTA - SP231467-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELADO: NEI CALDERON - SP114904-A, RICARDO LOPES GODOY - SP321781-A, MARCELO OLIVEIRA ROCHA - SP113887-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000153-66.2019.4.03.6141

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

APELANTE: MARIA ODETE CORDEIRO

Advogados do(a) APELANTE: LUANA DA PAZ BRITO SILVA - SP291815-A, NALIGIA CANDIDO DA COSTA - SP231467-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELADO: NEI CALDERON - SP114904-A, RICARDO LOPES GODOY - MG77167-A, MARCELO OLIVEIRA ROCHA - SP113887-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de ação ordinária ajuizada em 20/01/2019 por MARIA ODETE CORDEIRO em face da UNIÃO e do BANCO DO BRASIL S/A objetivando a condenação dos réus à restituição do saldo do montante desfalcado de sua conta (R\$ 57.572,06) e ao pagamento de indenização de R\$ 10.000,00 por dano moral.

Na inicial, a autora conta que é servidora pública do Município de São Paulo desde 01/1978, atuando junto à Guarda Civil Metropolitana.

Alega que foi inscrita no PASEP sob nº 1.011.246.662-9 e que ao realizar o saque por força de sua aposentadoria deparou-se com a quantia irrisória de R\$ 418,27.

Argumenta que os extratos que lhe foram concedidos estão incompletos e que não foram realizados depósitos anuais em sua conta individual no período de 1978 a 1988. Aduz, ainda, que o saldo das cotas depositadas até 08/88 deveria ter sido transferido para a conta individual do PASEP e, a partir de então, remunerado e corrigido conforme determinada a legislação, porém isso não aconteceu.

Sustenta que os valores depositados “foram ilícitamente retirados da conta corrente administrada pelo Banco do Brasil” em seu desfavor, bem como não foram corrigidos e remunerados com juros.

Por fim, aduz que a prática abusiva lhe causou dano moral.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 67.572,06.

Os réus apresentaram contestações (ID's nºs 107367737 e 107367750).

A autora apresentou réplica (ID nº 107367766).

Em 08/08/2019 a Juíza *a qua* proferiu sentença **julgando improcedente o pedido** por entender inexistente qualquer indício de incorreção de cálculo ou de ilicitude cometida pelos réus. Condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa, com execução sobrestada nos termos do art. 98, § 3º, do CPC (ID nº 107367771).

Os embargos de declaração opostos pela autora foram acolhidos sem efeitos infringentes para rejeitar o pedido de inversão do ônus da prova e os pedidos de produção de provas documental e pericial feitos em réplica (ID nº 107367782).

Irresignada, a autora interpôs apelação sustentando, **em preliminar**, que a sentença é nula, pois cerceou seu direito de defesa no que diz respeito à produção de provas, sendo certo que requereu a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, a fim de que fosse determinada aos réus a apresentação dos extratos de todo o período de inscrição; ademais, a perícia contábil seria imprescindível para comprovar que os réus não distribuíram e remuneraram corretamente as cotas de participação até 08/88. No mérito, repisa os argumentos da inicial no sentido de que o banco réu não transferiu o saldo de cotas existente até 08/88 para a sua conta individual do PASEP e não corrigiu os valores conforme determina a legislação. Aduz que o saldo existente em 08/88, no valor de Cz\$43.976,00 jamais resultaria no valor levantado de R\$ 418,27. Alega que ao ter acesso aos valores disponibilizados pelo banco experimentou sentimentos de extremo desgosto e indignação. Por fim, defende que não teve acesso a todos os extratos e demonstrativos de evolução do saldo de sua conta e pugna para que sejam juntados aos autos (ID nº 107367789).

A UNIÃO apresentou contrarrazões e arguiu preliminares de ilegitimidade passiva e prescrição (ID nº 107367794).

O BANCO DO BRASIL S/A também apresentou resposta, aventando preliminares de ilegitimidade passiva e falta de interesse processual (ID nº 107367795).

Determinei a redistribuição do feito no âmbito da 1ª Seção (ID nº 120497231), porém reconsiderarei minha decisão (ID nº 140862869).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000153-66.2019.4.03.6141

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

APELANTE: MARIA ODETE CORDEIRO

Advogados do(a) APELANTE: LUANA DA PAZ BRITO SILVA - SP291815-A, NALIGIA CANDIDO DA COSTA - SP231467-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL, BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELADO: NEI CALDERON - SP114904-A, RICARDO LOPES GODOY - MG77167-A, MARCELO OLIVEIRA ROCHA - SP113887-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Primeiramente, **rejeito** as preliminares de **ilegitimidade passiva** aventadas pelos réus em contrarrazões.

Com efeito, a UNIÃO é parte legítima para figurar no polo passivo porque a ela compete a gestão do fundo. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: REsp 1802521/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019.

Quanto ao BANCO DO BRASIL S/A, a causa de pedir e o pedido – indenização por falta de realização de depósitos anuais em conta individual e falta de transferência do saldo de cotas depositadas até 08/88 para a conta individual do PASEP – justifica a presença da instituição financeira no polo passivo.

A preliminar de falta de interesse processual aventada pelo BANCO DO BRASIL S/A em contrarrazões se confunde com o mérito e com ele será analisada.

A preliminar de nulidade da sentença por **cerceamento de defesa** também deve ser **rejeitada**.

O art. 355 do Código de Processo Civil permite ao magistrado julgar antecipadamente o mérito quando (i) não houver necessidade de produção de outras provas, ou seja, quando a questão for exclusivamente de direito ou, sendo de direito ou de fato, não houver necessidade de produção de provas além da documental já constante dos autos; (ii) quando o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova na forma do art. 349.

Na singularidade, a autora pleiteou que o banco réu fosse intimado a apresentar os extratos da conta PASEP desde sua abertura em 1978 até 2018, que a UNIÃO apresentasse os balanços anuais de gestão do PASEP, com a demonstração do repasse de recursos de 1978 a 2018, bem como que fosse feita perícia contábil nos referidos documentos a fim de reconstruir o valor das cotas PASEP e rendimentos desde 1978, com apuração de juros e correção monetária até a data do saque.

A Juíza *a qua* rejeitou o pedido de inversão do ônus da prova por entender que ela não isenta a autora de demonstrar minimamente os meses ou períodos em que ocorreram divergências apontadas na inicial.

Os pedidos de prova pericial e documental foram indeferidos por entender a magistrada que a autora teve acesso aos extratos de sua conta do PASEP e que não incumbiria à ré a sua apresentação, salvo demonstração da falta de acesso aos extratos.

Verifica-se que o pedido genérico de produção de provas foi **fundamentadamente** indeferido, inexistindo qualquer cerceamento de defesa quando a própria autora não aponta na inicial os meses em que os depósitos não foram realizados.

A leitura da inicial revela que a autora não se conforma com o valor disponível para saque em sua conta do PASEP e busca, por meio de conjecturas sem lastro em qualquer indício de irregularidade, obter a condenação dos réus ao pagamento de quantia superior.

Cabe ainda destacar que “a pretendida inversão do ônus da prova não dispensa que o consumidor prove a existência de indícios mínimos do fato constitutivo de seu direito” (AgInt no AREsp 1314821/SE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 20/02/2020). Ou seja, a inversão do ônus da prova não é absoluta e automática; é preciso que a pretensão esteja lastreada em indícios mínimos dos fatos alegados.

Passo à prescrição.

A autora não busca a mera aplicação de correção monetária sobre o saldo de sua conta do PASEP, mas sim que os réus sejam condenados a restituir os valores desfalcados de sua conta, alegando que não foram realizados depósitos anuais em sua conta no período de 1978 a 1988, bem como que o saldo depositado em 08/88 não foi transferido para a conta individual do PASEP e remunerado e corrigido conforme determinava a legislação. Ou seja, a autora não se insurge quanto aos índices de correção monetária aplicados ao saldo de sua conta do PASEP, mas sim contra os próprios valores.

Portanto, deve ser aplicado ao caso o princípio da *actio nata*, segundo a qual o prazo prescricional se inicia a partir do conhecimento inequívoco da lesão pelo titular do direito violado.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PASEP. PRESCRIÇÃO. A INSURGÊNCIA NÃO SE REFERE À CORREÇÃO MONETÁRIA. DISCUSSÃO ACERCA DOS VALORES DOS DEPÓSITOS REALIZADOS A MENOR. TEORIA ACTIO NATA. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que não acolheu a alegação de ilegitimidade da União e de prescrição quinquenal, em ação em que se discute a recomposição de saldo existente em conta vinculada ao PASEP.

2. Afasta-se, inicialmente, a preliminar de ilegitimidade passiva da União Federal, uma vez que o art. 1º do Decreto-Lei 2.052/1983 atribuiu-lhe competência para a cobrança dos valores das contribuições para o Fundo de Participação PIS/PASEP.

3. Da mesma sorte, deve ser afastada a ocorrência de prescrição, haja vista a inaplicabilidade, à hipótese versada nos autos, da tese pacificada no REsp 1.205.277/PB (representativo da controvérsia), esclarecendo que a insurgência da parte autora/agravada não era quanto aos índices de correção monetária aplicados ao saldo de sua conta do PASEP, mas sim contra os próprios valores, cujos depósitos foram supostamente realizados a menor e, como o recorrido apenas tomou ciência desse fato no ano de 2015, forçoso reconhecer, com base na teoria actio nata, a inoccorrência da prescrição de sua pretensão.

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1802521/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019)

E ainda:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. PIS/PASEP. VALORES SUPOSTAMENTE DEPOSITADOS A MENOR. SAQUES INDEVIDAMENTE REALIZADOS. TEORIA ACTIONATA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA.

I - Em conformidade com o princípio da actio nata, o termo a quo da prescrição surge com o nascimento da pretensão, assim considerado o momento a partir do qual a ação poderia ter sido ajuizada.

II - Como o levantamento do valor só seria possível com o advento da reforma/aposentadoria do servidor, é este o marco temporal para que se tome o transcurso do lapso prescricional.

III Na hipótese, o autor foi transferido para a inatividade em 24/05/2007, tendo realizado o saque naquele mesmo ano, momento em que tomou conhecimento do saldo de sua conta PASEP. Logo, tendo a ação sido ajuizada em 24/04/2018, a pretensão está coberta pela prescrição quinquenal.

IV Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(AC 1002616-09.2018.4.01.3500, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 01/07/2020 PAG.)

FINANCEIRO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PASEP. CONTA VINCULADA. SAQUE ILEGAL OU DEPÓSITO A MENOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RESP 1.802.521/PE. SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC/1973. TERMO INICIAL. POSSIBILIDADE DE SAQUE INTEGRAL DA CONTA VINCULADA, A PARTIR DA APOSENTADORIA DO AUTOR. TEORIA DA ACTIO NATA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA TRIBUNAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO MANTIDA. PARCELAMENTO DAS CUSTAS RECURSAIS. POSSIBILIDADE. CPC, ART. 98, § 6º. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.205.277/PB, da relatoria do Min. Teori Zavascki, por unanimidade, na sistemática do art. 543-C do CPC/1973, vigente à época, consolidou o entendimento de que o prazo prescricional para a cobrança de diferenças de correção monetária incidente sobre o saldo das contas vinculadas ao PIS/PASEP é de cinco anos, a teor do disposto no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932.

2. Considerando que o pleito deduzido pelo autor consiste no pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes de alegado saque ilegal ou depósito a menor na conta vinculada ao PASEP, o termo inicial do prazo prescricional quinquenal é a data em que se tornou possível o saque do saldo integral da referida conta, a partir da aposentadoria do autor; em consonância com a teoria da actio nata. Precedentes.

3. A tese pacificada no REsp 1.205.277/PB (representativo da controvérsia) é diversa da questão tratada nos autos, na qual a insurgência da parte autora não é quanto aos índices de correção monetária aplicados ao saldo de sua conta do PASEP, mas sim contra os próprios valores, cujos depósitos foram supostamente realizados a menor (REsp 1.802.521/PE, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, unânime, DJe 30/05/2019).

4. Na espécie, tendo em vista que a ação foi ajuizada mais de 5 (cinco) anos após o saque integral do saldo da conta vinculada ao PASEP, impõe-se a manutenção da sentença, que reconheceu a prescrição da pretensão.

5. A despeito de o Juízo de origem ter revogado a gratuidade de justiça anteriormente concedida em razão da ausência de comprovação por parte do autor acerca da impossibilidade de arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento, verifica-se que o valor das custas recursais representa quantia consideravelmente alta no orçamento mensal do apelante, razão pela qual se justifica a concessão do parcelamento das custas processuais (art. 98, § 6º, do CPC), em homenagem ao princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF).

6. Apelação não provida.

(AC 1006388-77.2018.4.01.3500, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA, TRF1 - OITAVA TURMA, PJe 08/06/2020 PAG.)

Portanto, como a autora alega que teve conhecimento da suposta lesão em outubro/2018, ao efetuar o saque do PASEP por força da Lei nº 13.677/2018, não houve prescrição.

Avanço.

Como já dito alhures, a simples leitura da inicial revela que a autora não se conforma com o valor disponível para saque em sua conta do PASEP e busca, por meio de conjecturas sem lastro em qualquer indício de irregularidade, obter a condenação dos réus ao pagamento de quantia bastante superior.

A autora faz alegação genérica no sentido de que os valores de sua conta do PASEP foram desfalcados pelos réus, aduzindo que não foram realizados depósitos anuais no período de 1978 a 1988, bem como que o saldo depositado em 08/88 não foi transferido para a conta individual do PASEP e devidamente remunerado.

Sucede que, além de não apontar os meses em que houve o alegado desfalque, não há na documentação acostada aos autos qualquer indício de que as irregularidades genericamente apontadas tenham efetivamente ocorrido.

Como bem fundamentou o Juízo de origem “a alegação genérica de que o valor sacado por ser pequeno comparado aos anos de contribuição já aponta por si só o dano sofrido pela autora, sem nenhuma prova robusta ou ao menos indício de subtração de montante não é suficiente para a procedência da ação”.

Portanto, a autora não se desincumbiu do ônus de bem delimitar o seu direito e, feito isso, de comprová-lo em juízo, o que lhe competia nos termos do art. 373, I, do CPC.

Quanto aos extratos, que a autora alega estarem incompletos, registro que não há nos autos qualquer prova de negativa da instituição financeira em fornecer-los. Ademais, o que se verifica é que a autora teve acesso aos extratos solicitados na via administrativa, relativos ao período de 01/78 a 12/98. Quanto ao período posterior, por não ter havido comprovação de pedido administrativo, é evidente a ausência de interesse processual.

Insubsistentes as razões de apelo, devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais, nesta Instância; assim, para a sucumbência neste apelo fixo honorários de 5% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 1º, *fine*, combinado com o § 11 do CPC/15), sob condição suspensiva de exigibilidade nos termos do art. 98, § 3º, do CPC. Precedentes: ARE 991570 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 07/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2018 PUBLIC 17-05-2018 - ARE 1033198 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018 - ARE 1091402 ED-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 04-05-2018 PUBLIC 07-05-2018.

Ante o exposto, **rejeito a matéria preliminar aventada em contrarrazões e nego provimento à apelação, com imposição de honorários recursais.**

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS RÉUS. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA: REJEIÇÃO FUNDAMENTADA DOS PEDIDOS DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, DOS PEDIDOS DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PELOS RÉUS E DE PROVA PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *ACTIO NATA*. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE IRREGULARIDADES. SENTENÇA MANTIDA, COM IMPOSIÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

1. A UNIÃO é parte legítima para figurar no polo passivo porque a ela compete a gestão do fundo. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: REsp 1802521/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019. Quanto ao BANCO DO BRASIL S/A, a causa de pedir e o pedido – indenização por falta de realização de depósitos anuais em conta individual e falta de transferência do saldo de cotas depositadas até 08/88 para a conta individual do PASEP – justifica a presença da instituição financeira no polo passivo.

2. **Não houve cerceamento de defesa.** A Juíza *a qua* rejeitou o pedido de inversão do ônus da prova por entender que ela não isenta a autora de demonstrar minimamente os meses ou períodos em que ocorreram as divergências apontadas na inicial. O pedido genérico de produção de provas foi **fundamentadamente** indeferido, inexistindo qualquer cerceamento de defesa quando a própria autora não aponta na inicial os meses em que os depósitos não foram realizados.

3. A leitura da inicial revela que a autora não se conforma com o valor disponível para saque em sua conta do PASEP e busca, por meio de conjecturas sem lastro em qualquer indício de irregularidade, obter a condenação dos réus ao pagamento de quantia superior.

4. Cabe ainda destacar que “a pretendida inversão do ônus da prova não dispensa que o consumidor prove a existência de indícios mínimos do fato constitutivo de seu direito” (AgInt no AREsp 1314821/SE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 20/02/2020). Ou seja, a inversão do ônus da prova não é absoluta e automática; é preciso que a pretensão esteja lastreada em indícios mínimos dos fatos alegados.

4. A autora não busca a mera aplicação de correção monetária sobre o saldo de sua conta do PASEP, mas sim que os réus sejam condenados a restituir os valores desfalcados de sua conta, alegando que não foram realizados depósitos anuais em sua conta no período de 1978 a 1988, bem como que o saldo depositado em 08/88 não foi transferido para a conta individual do PASEP e remunerado e corrigido conforme determinava a legislação. Ou seja, a autora não se insurge quanto aos índices de correção monetária aplicados ao saldo de sua conta do PASEP, mas sim contra os próprios valores. Portanto, deve ser aplicado ao caso o princípio da *actio nata*, segundo a qual o prazo prescricional se inicia a partir do conhecimento inequívoco da lesão pelo titular do direito violado. Como a autora alega que teve conhecimento da suposta lesão em outubro/2018, ao efetuar o saque do PASEP por força da Lei nº 13.677/2018, não houve prescrição.

5. A autora faz alegação genérica no sentido de que os valores de sua conta do PASEP foram desfalcados pelos réus, aduzindo que não foram realizados depósitos anuais no período de 1978 a 1988, bem como que o saldo depositado em 08/88 não foi transferido para a conta individual do PASEP e devidamente remunerado.

6. Sucede que, além de não apontar os meses em que houve o alegado desfálque, não há na documentação acostada aos autos qualquer indício de que as irregularidades genericamente apontadas tenham efetivamente ocorrido.

7. Como bem fundamentou o Juízo de origem “a alegação genérica de que o valor sacado por ser pequeno comparado aos anos de contribuição já aponta por si só o dano sofrido pela autora, sem nenhuma prova robusta ou ao menos indício de subtração de montante não é suficiente para a procedência da ação”.

8. Portanto, a autora não se desincumbiu do ônus de bem delimitar o seu direito e, feito isso, de comprová-lo em juízo, o que lhe competia nos termos do art. 373, I, do CPC.

9. Quanto aos extratos, que a autora alega estarem incompletos, não há nos autos qualquer prova de negativa da instituição financeira em fornecer-los. Ademais, o que se verifica é que a autora teve acesso aos extratos solicitados na via administrativa, relativos ao período de 01/78 a 12/98. Quanto ao período posterior, por não ter havido comprovação de pedido administrativo, é evidente a ausência de interesse processual.

10. Insubsistentes as razões de apelo, devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais, nesta Instância; assim, para a sucumbência neste apelo fixam-se honorários de 5% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 1º, *fine*, combinado com o § 11 do CPC/15), sob condição suspensiva de exigibilidade nos termos do art. 98, § 3º, do CPC. Precedentes: ARE 991570 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 07/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2018 PUBLIC 17-05-2018 - ARE 1033198 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018 - ARE 1091402 ED-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 04-05-2018 PUBLIC 07-05-2018.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar aventada em contrarrazões e negou provimento à apelação, com imposição de honorários recursais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006383-75.2018.4.03.6104

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

APELANTE: PRODUTORA BRASILEIRA DE ARTE E CULTURA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: DANIELLA GALVAO IGNEZ - SP154069-A, LEO WOJDYSLAWSKI - SP206971-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006383-75.2018.4.03.6104

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

APELANTE: PRODUTORA BRASILEIRA DE ARTE E CULTURA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: DANIELLA GALVAO IGNEZ - SP154069-A, LEO WOJDYSLAWSKI - SP206971-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por PRODUTORA BRASILEIRA DE ARTE E CULTURA LTDA em face da UNIÃO FEDERAL objetivando ver restabelecido seu acesso ao sistema PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório), bem como suspender a exigibilidade do débito que originou o bloqueio ao sistema.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do CPC/15, julgando **improcedente** a ação. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios fixados no percentual mínimo dos respectivos incisos do art. 85, ^a 3º, do NCPC (ID 127194697).

A parte autora apelou (ID 127194705).

Com fulcro no que dispõe o art. 932 do CPC/15, este Relator **negou provimento** ao recurso (ID 130550291).

A autora interpôs, então, agravo interno, termos do art. 1.021 do CPC/15. Reafirma, em síntese, as razões já exaradas em seu apelo. Pugna pela observância da tese fixada pelo STF nos autos do RE nº 598.468 (ID 133117331).

Contrarrazões apresentadas (ID 135151608).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006383-75.2018.4.03.6104

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

APELANTE: PRODUTORA BRASILEIRA DE ARTE E CULTURA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: DANIELLA GALVAO IGNEZ - SP154069-A, LEO WOJDYSLAWSKI - SP206971-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cuida-se de agravo interno interposto pela PRODUTORA BRASILEIRA DE ARTE E CULTURA LTDA, nos termos do art. 1.021 do CPC/15, contra decisão monocrática que negou provimento ao seu recurso de apelação.

Na situação vertente, os argumentos expendidos pela agravante, que não vão além da repetição daqueles já deduzidos em sede da apelação, não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, razão pela qual as reitero, adotando-as como razão de decidir deste agravo.

O regime diferenciado ao qual a empresa autora aderiu voluntariamente estabelece *benefícios e condições* que devem ser integralmente cumpridos.

É certo que o Simples Nacional é um regime tributário notadamente menos oneroso, no qual não há segregação de receita por produto. Por conseguinte, salvo expressa previsão legal – *inexistente in casu* – o optante **não pode cumular tal regime com qualquer outro benefício fiscal**.

Em última análise, a pretensão da autora é obter o melhor de dois mundos: valer-se dos benefícios decorrentes do recolhimento de tributos com alíquotas e bases de cálculo diferenciadas e favorecidas (LC nº 123/2006) e, especificamente quanto ao PIS e COFINS, submeter-se aos benefícios fiscais do art. 28, VI, da Lei nº 10.865/04.

Ao apreciar temas correlatos, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento quanto à impossibilidade de cumulação de benefícios fiscais que resultariam na concessão de “regime híbrido ao contribuinte”:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRIBUINTES OPTANTES PELO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES. APROVEITAMENTO OU TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS. VEDAÇÃO LEGAL (LEI ESTADUAL 12.410/2005). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA NÃO CUMULATIVIDADE E DA PROIBIÇÃO DE BITRIBUTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 658571 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 06-05-2016 PUBLIC 09-05-2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. FORNECEDORES OPTANTES DO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 595450 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 08-11-2012 PUBLIC 09-11-2012)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPI. Creditamento. Insumos adquiridos de empresas optantes pelo SIMPLES nacional. Impossibilidade. Ausência de ofensa ao postulado da não cumulatividade. Inadmissibilidade de atuação do judiciário como legislador positivo. 1. O Simples Nacional é um regime favorecido que reduz o encargo fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte. A redução foi concebida prevendo-se a vedação a apropriação ou a transferência de créditos de IPI. 2. Ao retirar tal óbice, o Poder Judiciário estará concedendo um regime híbrido ao contribuinte, no qual passariam a conviver o tratamento favorecido e o aproveitamento de créditos. Tal favor poderia aviltar a proporcionalidade e o equilíbrio sob os quais o legislador baseou-se originalmente. 3. O acréscimo de 0,5 (meio) ponto no percentual aplicado sobre a receita bruta mensal dos fornecedores contribuintes de IPI (Lei nº 9.317/96, art. 5º, § 2º), utilizado para definir o valor devido mensalmente por esses enquanto inscritos no SIMPLES, não serve de critério de delimitação do crédito pretendido pelas empresas adquirentes de seus produtos. 4. Agravo regimental não provido. (RE 595921 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014)

O ato administrativo de bloqueio do acesso da autora ao PGDAS-D, ao contrário do que suscitado pela parte, não configura coação indireta para o pagamento de tributo, mas **mero exercício do poder fiscalizatório** que cabe à Administração Tributária, não havendo que se falar em sanção política.

Não é dado ao Judiciário, ademais, amesquinhar o poder fiscalizatório da Receita Federal - que não se reveste de qualquer abuso - e, assim, premiar contribuintes que se utilizam de um favor fiscal para cometer ilícitos tributários e criminais.

Em caso análogo, já decidiu esta E. Sexta Turma:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. BLOQUEIO DO ACESSO AO SISTEMA PGDAS-D. LEGALIDADE. EXERCÍCIO DO PODER FISCALIZATÓRIO PELA RECEITA FEDERAL. SUSPEITA DE FRAUDE FISCAL. INOCORRÊNCIA DE SANÇÃO POLÍTICA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PROVIDAS. 1. A impetrante/apelada se insere em rol de 100 mil empresas que assinalaram no PGDAS-D campos como “imunidade”, “isenção/redução-cesta básica” ou ainda “lançamento de ofício”, o que acarretou indevida redução dos valores dos tributos a serem pagos; ou seja, são empresas praticantes - em tese - de sonegação fiscal. 2. Diante disso, é lícito que o Comitê Gestor do Simples Nacional proceda ao bloqueio da transmissão de declaração pelo contribuinte “até que sejam resolvidas inconsistências detectadas pela Receita Federal”, na medida em que o PGDAS-D é o meio utilizado para declarar falsamente ocorrência de fenômenos redutores do encargo fiscal. 3. Referido ato não configura coação indireta para o pagamento de tributo, mas mero exercício do poder fiscalizatório que cabe à Administração Tributária, não havendo que se falar em sanção política. 4. Não é dado ao Judiciário amesquinhar o poder fiscalizatório da Receita Federal - que não se reveste de qualquer abuso - e, assim, premiar contribuintes que se utilizam de um favor fiscal para cometer ilícitos tributários e criminais. 5. Apelação e remessa necessária providas. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5001699-22.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 13/12/2019, Intimação via sistema DATA: 20/12/2019)

Observe, por fim, que o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do **Tema 207** da repercussão geral (RE nº 598.468), fixando a seguinte tese: “As imunidades previstas nos artigos 149, § 2º, I, e 153, § 3º, III, da Constituição Federal são aplicáveis às empresas optantes pelo Simples Nacional”.

Referido entendimento, porém, não pode ser transportado para o presente caso, por se tratar de matéria distinta. Veja-se que lá o STF analisou a possibilidade de cumulação dos benefícios do Simples Nacional com hipóteses de imunidade tributária. Aqui, por sua vez, a controvérsia se estabelece em face de isenção. A diferença entre os institutos é abissal e impede a aplicação analógica da tese firmada pela Suprema Corte.

Imunidade não é benefício fiscal, mas hipótese negativa de competência tributária, razão pela qual não há incompatibilidade com os benefícios do Simples Nacional (a tributação pelo Simples ocorre em momento posterior à aplicação da imunidade). O mesmo, porém, não ocorre com as isenções. Sobre o tema, destaco elucidativa lição de Paulo Barros de Carvalho:

O preceito de imunidade exerce função de colaborar, de uma forma especial, no desenho das competências impositivas. São normas constitucionais. Não cuidam da problemática da incidência, atuando em instante que antecede, na lógica do sistema, ao momento da persecussão tributária. Já a isenção se dá no plano da legislação ordinária. Sua dinâmica pressupõe encontro normativo em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo... (Carvalho, Paulo Barros. Curso de direito tributário. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 237)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. CUMULAÇÃO COM OUTROS BENEFÍCIOS FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE. BLOQUEIO DO ACESSO AO SISTEMA PGDAS-D. LEGALIDADE. EXERCÍCIO DO PODER FISCALIZATÓRIO PELA RECEITA FEDERAL. INOCORRÊNCIA DE SANÇÃO POLÍTICA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Simples Nacional é um regime tributário - de adesão voluntária - notadamente menos oneroso, no qual não há segregação de receita por produto. Por conseguinte, salvo expressa previsão legal, o optante não pode cumular tal regime com qualquer outro benefício fiscal.

2. A pretensão da autora é obter o melhor de dois mundos: valer-se dos benefícios decorrentes do recolhimento de tributos com alíquotas e bases de cálculo diferenciadas e favorecidas (LC nº 123/2006) e, especificamente quanto ao PIS e COFINS, submeter-se aos benefícios fiscais do art. 28, VI, da Lei nº 10.865/04.

3. O entendimento recentemente firmado pelo STF nos autos do RE nº 598.468 (Tema 207 da repercussão geral) não pode ser transportado para o presente caso, por se tratar de matéria distinta. Lá, a Suprema Corte analisou a possibilidade de cumulação dos benefícios do Simples Nacional com hipóteses de imunidade tributária. Aqui, a controvérsia se estabelece em face de isenção.

4. É lícito que o Comitê Gestor do Simples Nacional proceda ao bloqueio da transmissão de declaração pelo contribuinte “até que sejam resolvidas inconsistências detectadas pela Receita Federal”, na medida em que o PGDAS-D é o meio utilizado para declarar falsamente ocorrência de fenômenos redutores do encargo fiscal. Referido ato não configura coação indireta para o pagamento de tributo, mas mero exercício do poder fiscalizatório que cabe à Administração Tributária, não havendo que se falar em sanção política.

5. Não é dado ao Judiciário amesquinhar o poder fiscalizatório da Receita Federal - que não se reveste de qualquer abuso – e, assim, premiar contribuintes que se utilizam de um favor fiscal para cometer ilícitos tributários e criminais.

6. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019814-91.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HIGHTEC POLYMERS COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO GARCIAASHIKAGA - SP171032-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019814-91.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HIGHTEC POLYMERS COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO GARCIAASHIKAGA - SP171032-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por HIGHTEC POLYMERS COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA em face de omissão da autoridade impetrada na conclusão do despacho aduaneiro referente às declarações de importação que indica.

Após regular processamento, foi proferida sentença, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, **concedendo parcialmente** a segurança pleiteada “para o fim de determinar à autoridade impetrada que conclua, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, a análise do despacho aduaneiro, em relação às DI's 18/0751343-4, 18/0767374-1 e 18/0797426-1 (o que já foi cumprido), liberando as mercadorias retidas, mediante o pagamento dos tributos devidos e prestação de seguro garantia”. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios. Decisão submetida à remessa necessária (ID 138101998).

A União Federal interpôs recurso de apelação (ID 138102013). Aduz, em síntese, que, no procedimento administrativo, restou demonstrada a falsidade ideológica perpetrada pelo importador nas operações em questão, o que é passível de punição com a pena de perdimento, nos termos da legislação de regência, razão pela qual deve ser reformada a r. sentença (ID 138102013).

A impetrante, por sua vez, apresentou recurso adesivo (ID 138102026). Questiona a possibilidade de aplicação de pena de perdimento no caso e pugna pela liberação da garantia apresentada.

Contrarrazões apresentadas (ID 138102025 e 138102030).

Parecer ministerial pelo desprovisionamento do recurso fazendário e pelo parcial provimento do recurso da impetrante (ID 144605347).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019814-91.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HIGHTEC POLYMERS COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO GARCIAASHIKAGA - SP171032-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança que visa afastar omissão da autoridade fazendária na conclusão de despacho aduaneiro. Argumenta a autora, em sua inicial, que o procedimento “está em ‘suposto andamento’ há 105 (CENTO E CINCO) DIAS ocasionando prejuízo/despesa irreparável para a operação em questão”. Aduz que “a própria legislação federal prevê a possibilidade de liberação de mercadorias sob procedimento especial de fiscalização, mediante a prestação de garantia (seguro-garantia), no valor aduaneiro da carga retida”. Defende ser inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, nos termos da Súmula nº 323 do STF. Ped, por fim, “seja CONCEDIDA EM DEFINITIVO A SEGURANÇA, com o reconhecimento da ilegalidade da omissão ora atacada, de forma a determinar a imediata continuidade do despacho de importação, mediante o desembaraço aduaneiro das mercadorias em questão, referente às DIs 18/0751343-4, 18/0767374-1 e 18/0751343-4”.

Verifica-se, portanto, que o presente mandado de segurança não se presta a discutir a legalidade das operações de importação da impetrante, mas do ato administrativo de retenção das mercadorias, bem como da possibilidade de liberação das mesmas mediante prestação de garantia.

Pois bem

É entendimento pacífico em nossa jurisprudência que, uma vez instaurado do processo administrativo fiscal para apuração de fraude em operação de importação, cujo resultado possível é a aplicação de pena de perdimento às mercadorias, é legítima a apreensão e retenção destas até a conclusão do aludido procedimento (v.g., REsp 1141785/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/03/2010).

Isso porque a fiscalização da entrada e da saída de bens do país é poder-dever da Administração, cuidando não só da arrecadação tributária, mas também da economia popular, da saúde pública, do equilíbrio da balança comercial, da indústria nacional, do consumidor etc. Em outros termos, o dano ao erário advindo de importação mediante fraude **não se limita a eventual prejuízo financeiro**, restando configurado com o desrespeito à legislação e ao controle aduaneiro, em detrimento da política fiscal e alfandegária do país, razão pela qual a situação não se resolve com o mero recolhimento dos tributos devidos na operação ou com o oferecimento de caução no valor dos bens importados (v.g., TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0054934-75.2012.4.03.6301, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 25/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2043845 - 0002363-91.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 17/12/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/01/2016).

Justamente por isso, a retenção aqui analisada de modo algum configura ofensa ao teor da **Súmula nº 323 do STF**, uma vez que não se trata de apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, mas para proteção das normas e políticas alfandegárias.

Mostra-se um absoluto despropósito manter incólume o perdimento administrativo e liberar os bens que ingressaram no domínio público, sendo incabível para tal fim a prestação de qualquer caução, o que configuraria, na prática, verdadeira burla do procedimento legal que resultou na pena administrativa.

Observe que o art. 5º-A da Instrução Normativa nº 1169/11 prevê a possibilidade de liberação das mercadorias retidas em procedimento especial de controle aduaneiro, mediante a prestação de garantia, desde que as irregularidades que motivaram a retenção sejam exclusivamente aquelas elencadas nos incisos IV e V do *caput* do art. 2º da mesma IN, situação diversa da retratada no presente caso. Tal entendimento é referendado pela nossa jurisprudência:

DIREITO ADUANEIRO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA EM FATURA COMERCIAL. LIBERAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de prestação de caução para a liberação de mercadorias submetidas ao procedimento especial de controle aduaneiro para apuração de falsidade documental na operação de importação. 2. O procedimento especial de controle aduaneiro, nos termos da IN RFB n.º 1.169/2011, aplica-se a toda operação de importação ou de exportação de bens ou de mercadorias sobre a qual recaia suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento, independentemente de ter sido iniciado o despacho aduaneiro ou de que o mesmo tenha sido concluído. 3. No caso dos autos, a apuração da infração de uso de documento falso não se deu em razão de suspeita de subfaturamento de preços – que não enseja a pena de perdimento de bens, nos termos da jurisprudência do E. STJ e desta C. Turma – mas sim em razão da existência de elementos que indicam a aposição fraudulenta de assinatura em fatura comercial que não corresponde a do representante legal do exportador. Em tal hipótese, evidenciada a fraude, se mostra cabível a aplicação da pena de perdimento de mercadoria com fulcro no art. 105, VIII, do DL 37/66 e art. 689 do Regulamento Aduaneiro. 4. O art. 5.º-A da IN RFB n.º 1.169/2011, preconiza que “Caso as irregularidades que motivaram a retenção de que trata o art. 5.º sejam exclusivamente as elencadas nos incisos IV e V do caput do art. 2.º, a mercadoria poderá ser desembaraçada ou entregue antes do término do procedimento especial de controle mediante a prestação de garantia”. 5. Caso concreto em que as mercadorias foram apreendidas não com base no inciso IV e V do art. 2.º da IN RFB 1.169/2011, mas sim no inciso I do mesmo dispositivo (falsidade da assinatura em fatura comercial). Desse modo, a hipótese não se enquadra na norma autorizadora da liberação das mercadorias mediante prestação de garantia, de modo que inexistente fundamento jurídico para o pedido do agravante. 6. A conclusão do procedimento administrativa depende não apenas de atos a serem praticados pela autoridade aduaneira, mas sim de conduta do própria impetrante que foi instada a apresentar os documentos apontados pelo Fisco para prosseguimento da apuração da infração. Assim sendo, a invocada mora na conclusão do procedimento não deve ser imputada à autoridade impetrada, de modo que, sob essa alegação, se mostra descabida a liberação das mercadorias, ainda que por meio da apresentação de garantia. 7. Apelação provida. Segurança denegada. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000038-12.2017.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2018, Intimação via sistema DATA: 19/11/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, CPC. IMPORTAÇÃO. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE. OCORRÊNCIA. PENA DE PERDIMENTO. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, como expressamente constou da respectiva fundamentação. 2. Caso em que a agravante realizou a importação de mercadorias, tendo sido levantados indícios de ocultação do real adquirente. Constatada a simulação na aquisição das mercadorias para revenda a um encomendante predeterminado, bem como a apresentação de documento falso, necessário ao desembaraço aduaneiro, o que implicou na fraudulenta interposição de terceiros, acarretando a pena de perdimento. 3. Segundo consta do auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal nº 0817600/90254/13, processo 10814-729.457/2013-10, "todos os elementos colhidos e até aqui apontados evidenciam que as mercadorias ora importadas pela MUNDISON têm como encomendante a SCHNEIDER, que ficou oculta na operação de importação. Importante frisar que a terceirização de importações é procedimento perfeitamente legal, desde que cumpridas as obrigações e requisitos emitidos pela Receita Federal do Brasil (RFB), nos instrumentos legais que disciplinam a matéria". 4. A autoridade fiscal enquadrou a conduta praticada no artigo 23, inciso V do Decreto-Lei nº 1.455/76 e no artigo 105, VI do Decreto-Lei nº 37/66, aplicando-se a pena de perdimento nos termos do artigo 689 do Decreto nº 6.759/09, de forma fundamentada, precedida de instauração de procedimento especial de controle aduaneiro. 5. Esta E. Corte Regional entende correta a interpretação da fiscalização e a aplicação da pena de perdimento da mercadoria quando qualquer documento necessário ao seu embarque tiver sido falsificado ou adulterado. O perdimento de mercadorias é uma das sanções administrativas e é desencadeado por irregularidades detectadas por ocasião da importação e respectivo desembaraço aduaneiro, em razão do controle das entradas de bens no país que a Administração faz por meio de seus agentes. 6. A prestação de garantia a fim de obter a liberação da mercadoria só é aceita quando afastada a hipótese de fraude, o que não se verificou no presente caso. 7. Agravo legal não provido. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 548090 - 0032484-58.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/02/2016)

TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO E TERCEIRA PESSOA INTERPOSTA. INFRAÇÃO SUJEITA À PENA DE PERDIMENTO. PENA DE PERDIMENTO. INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA MULTA SUBSTITUTIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Regulamento aduaneiro prevê que despacho de importação é o procedimento mediante o qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação à mercadoria importada, aos documentos apresentados e à legislação específica, com vistas ao seu desembaraço aduaneiro. 2. O art. 105, do Decreto-lei nº 37/66, trata do documento falsificado no despacho aduaneiro, confira-se: Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria: (...) VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado; VIII - estrangeira que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial; (...) XI - estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso; 3. A Lei n.º 10.637/2002, ao alterar a redação ao artigo 23 do Decreto-Lei n.º 1455/76, também criou hipóteses à aplicação da pena de perdimento: "Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias: (...) IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966. V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. §1º. O dano ao erário decorrente das infrações previstas no "caput" deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. 4. A fim de regular os procedimentos de investigação das infrações sujeitas à pena de perdimento, foi editada pela Secretaria da Receita Federal a Instrução Normativa nº 228/2002 (que dispõe sobre procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas) aplicável nos casos de infração consubstanciada em "interposição fraudulenta na importação." 5. A partir de outras importações, a fiscalização pôde remontar o preço dos produtos importados pela Getronics, concluindo que seu valor seria mais de duas vezes o por ela declarado. Ainda restou constatado que as mercadorias foram embarcadas para o Brasil com destino a Telecomunicações de São Paulo - TELESP, empresa do grupo Telefônica, inclusive a própria impetrante informou que a aquisição se deu em virtude de contrato com a Telefônica. 6. Da análise do referido contrato e das informações prestadas pela CISCO e Getronics, a fiscalização concluiu que a CISCO ganhou processo de concorrência realizado pela Telefônica para aquisição das mercadorias e com ela negociou os preços na operação. O papel da Getronics na operação foi o de simples repasse da mercadoria importada ao seu real destinatário. 7. A fiscalização foi baseada num conjunto probatório farto, com elementos objetivos como a comparação de preços e o contrato firmado entre a Getronics e a Telefônica que culminou na lavratura do auto de infração. O procedimento de retenção se fundou em fiscalização fiscal, tendo sido atendido, para o caso, o devido processo legal administrativo, conforme intimações e pesquisas sobre as pessoas, jurídica e física, fiscalizadas. 8. A Apelante pretendeu demonstrar a ilegalidade, inconstitucionalidade e inconveniência do art. 69, parágrafo único, da Instrução Normativa n.º 206/02, que trata de liberação de mercadorias mediante a prestação de garantia. 9. Ocorre que em nenhum momento do curso da ação fiscal lhe foi oferecida esta opção, até porque, como pode se observar da redação do referido dispositivo normativo, ela só pode ocorrer quando for afastada a hipótese de fraude, justamente o contrário do que foi apontado pela fiscalização no auto de infração lavrado contra a impetrante, cuja proposta final propõe a aplicação da pena de perdimento às mercadorias. Consta da autuação, em síntese: fraude pela declaração de valores irreais na DI, ocultação do real comprador das mercadorias e consequente desembaraço das mesmas com pagamento parcial dos tributos devidos. 10. Assim, em se tratando de situação que, em tese, envolva fraude aduaneira, a liberação não pode se dar mediante caução, vez que o bem jurídico tutelado não é de natureza econômica, mas de fé-pública, sendo o perdimento a medida cabível no caso de comprovação do ilícito. 11. Verifica-se dos autos que, embora o subfaturamento verificado tenha implicado no desembaraço das mercadorias com pagamento parcial dos tributos devidos mediante artifício doloso, infração capitulava no art. 105, XI, do Decreto Lei nº 37/66, a pena para tal infração é o perdimento dos bens, e não o pagamento da diferença de tributos, de modo que a apreensão em foco não é um meio de que coagir a impetrante a quitar dívida. 12. Observa-se que, em virtude da conduta do impetrante foi lavrado um segundo auto de infração, para aplicação de multa, com base no art. 33, da Lei nº 11.488/08, que no momento se encontra em fase recursal na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo- DRJ- II-SP, tendo em vista tratar de processo administrativo regulado pelo Decreto n.º 70.235/72. Nesta outra autuação não há que se falar em apreensão de mercadorias, mas em exigência de crédito tributário; em outras palavras, a apreensão das mercadorias pela Alfândega se deve exclusivamente ao auto de infração lavrado com esta proposta, cujo julgamento, nos termos do art. 238, da Portaria MF 95/07, é realizado pela autoridade local, em instância única. 13. Quanto à conduta da fiscalização local, cabe dizer que o art. 68 da MP 2.158/01 autoriza a retenção das mercadorias importadas até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização, desde que haja indícios de infração punível com a pena de perdimento, prevendo ainda o seu parágrafo único que a Secretaria da Receita Federal, atual RFB, disciplinará o assunto, conforme ocorreu através dos arts. 65 a 69, da IN SRF n. 206/02. 14. Portanto, fica evidente a absoluta legalidade dos procedimentos empreendidos pela fiscalização neta operação, pois seguiram estrita relação com o que determina a legislação vigente. 15. Em casos como este, a pena de tem caráter restritivo de direito de propriedade e seus reais efeitos não são sentidos por quem importa, mas por aquele que está oculto, tentando passar despercebido aos olhos do Fisco, ou seja, o real adquirente das mercadorias, tal como bem atentou o ilustre Representante do Ministério Público Federal nesta instância recursal. 16. Patente, pois, a improcedência do pedido formulado pela apelante, seja quanto à legalidade da IN SRF nº 206/02, seja em função de ofensa à Súmula 323 do STF, visto que os fatos do caso concreto, revelam que o procedimento fiscal foi adotado com o rigor da previsão normativa em face de situação material ensejadora da ação fiscal. 17. E quanto à alegação de risco à saúde financeira da empresa, por conta de despesas de armazenagem, cabe observar que esta questão é da alçada da empresa depositária da carga, no caso a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária- INFRAERO, e não da Alfândega, e ainda, caso seja confirmada a aplicação da pena de perdimento às mercadorias não haverá cobrança da impetrante. 18. Apelo desprovido. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 318206 - 0006724-93.2008.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 07/02/2019, e-DJF3 Judicial I DATA:01/03/2019)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADUANEIRO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA RETIDA MEDIANTE PRESTAÇÃO DE GARANTIA. SUSPEITA DE IRREGULARIDADE NA IMPORTAÇÃO PASSÍVEL DA PENA DE PERDIMENTO. RETENÇÃO. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Instaurado procedimento especial de controle aduaneiro, a autoridade administrativa alfandegária intimou a apelante para apresentar documentos para análise e deliberação (fls. 59/61), no entanto, não obstante os termos da intimação, nenhum documento foi apresentado pelo impetrante no prazo dado. 2. Em se tratando de situação que, em tese, envolva fraude aduaneira, a liberação não pode se dar mediante caução, vez que o bem jurídico tutelado não é de natureza econômica, mas de fé-pública, sendo o perdimento a medida cabível, no caso de comprovação do ilícito. 3. Considerando tratar-se de início de procedimento especial de controle aduaneiro, para cujo desencadeamento exige a presença de indícios de infração punível com pena de perdimento, denota-se que a aplicação da Instrução Normativa nº 1.169/2011 foi correta. 4. A IN SRF nº 228/2002 e a IN RFB nº 1.169/2011 disciplinam situações distintas. Enquanto a Instrução Normativa SRF nº 228/2002 volta-se ao exame de todas as operações de uma empresa, ante a suspeita de irregularidades, a Instrução Normativa RFB nº 1.169/11 dispõe sobre uma operação de comércio exterior específica sobre a qual recai suspeita de irregularidade punível com pena de perdimento, que é o caso da agravante. 5. Os processos especiais de fiscalização correspondem a investigações específicas sobre a origem de recursos empregados na importação e sobre possível pessoa fraudulentamente interposta, conforme a clara redação da ementa da IN SRF nº 228/02. 6. Apelo desprovido. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 363660 - 0011276-17.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 20/06/2018, e-DJF3 Judicial I DATA:12/07/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO - INTERRUÇÃO DE DESPACHO ADUANEIRO - INDÍCIOS DE FRAUDE - APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. O Decreto nº 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro): "Art. 564. A conferência aduaneira na importação tem por finalidade identificar o importador, verificar a mercadoria e a correção das informações relativas a sua natureza, classificação fiscal, quantificação e valor; e confirmar o cumprimento de todas as obrigações, fiscais e outras, exigíveis em razão da importação. (...) Art. 570. Constatada, durante a conferência aduaneira, ocorrência que impeça o prosseguimento do despacho, este terá seu curso interrompido após o registro da exigência correspondente, pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável. § 1º Caracterizam a interrupção do curso do despacho, entre outras ocorrências: I - a não-apresentação de documentos exigidos pela autoridade aduaneira, desde que indispensáveis ao prosseguimento do despacho; e" 2. No âmbito regulamentar, a Instrução Normativa SRF nº 680/2006 (com a redação vigente na época dos fatos): "Art. 23. Na hipótese de constatação de indícios de fraude na importação, independentemente do início ou término do despacho aduaneiro ou, ainda, do canal de conferência atribuído à DI, o servidor deverá encaminhar os elementos verificados ao setor competente, para avaliação da pertinência de aplicação de procedimento especial de controle. (...) Art. 43. Interrompido o despacho, para o atendimento de exigência, inicia-se a contagem do prazo a que se refere o parágrafo único do artigo 574 do Decreto nº 4.543, de 2002, para caracterização do abandono da mercadoria." 3. No caso concreto, a impetrante importou equipamento de som, com chegada registrada no SISCOLEX em 29 de outubro de 2014. A respectiva declaração de importação foi registrada no dia seguinte. Presente o indício de fraude na importação, notadamente quanto ao valor declarado, a autoridade aduaneira procedeu à retenção do bem e o encaminhou, em 23 de dezembro de 2014, para avaliação sobre a pertinência de aplicação do procedimento especial de controle aduaneiro, disciplinado na Instrução Normativa nº 1.169/2011, agindo na estrita legalidade. 4. Não há previsão de prazo para a conclusão da referida análise. Embora não seja razoável admitir que o procedimento possa se estender indiscriminadamente, é notório que, no caso, a alegada demora na conclusão deve-se a conduta desidiosa da própria impetrante. 5. Descabida a alegação de inaplicabilidade da pena de perdimento se confirmada a suspeita de subfaturamento. O Decreto-lei nº 37/66: "Art.105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria: (...) VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado; (...)". O Decreto-lei nº 1.455/76 (com as alterações da Lei Federal nº 10.637/2002): "Art. 23 - Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias: IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966." § 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias." 6. As penalidades previstas em lei, na hipótese de declarações de importação falsas ou incompletas, são destinadas a inibir atos que, além de burlar a arrecadação do Fisco, possam expor a perigo a concorrência empresarial, a saúde, a segurança pública e outros valores de significativo valor social. 7. A possibilidade de liberação das mercadorias, mediante depósito do valor correspondente, nos termos do artigo 80, inciso II, da MP nº 1.258-35/2011, é destinada à hipótese de suspeita de ocultação de terceiro envolvido na operação, quando a medida se mostre razoável e não implique obstáculo à conclusão dos trabalhos investigatórios. A situação difere da ora posta em julgamento. 8. Apelação desprovida. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 359491 - 0002675-62.2015.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, julgado em 23/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/08/2018)

Resalto, por oportuno, que a Instrução Normativa nº 206/2002 até estabelece um prazo máximo (de noventa dias) para a retenção das mercadorias. O transcurso do referido prazo, porém, não implica na imediata liberação dos bens pelo Judiciário, sob pena de ingerência dele na esfera de competência da Administração Pública, mormente em casos como o presente, em que há fortes indícios até mesmo de prática criminosa que não podem passar despercebidos, dando-se sobremodo valor ao cômputo de prazos para a Administração.

Assim, na espécie, não há que se cogitar de direito da parte a obter liberação, pelo Judiciário, de mercadoria importada (é justamente isso o que a impetrante deseja), que deveria suplantar o poder-dever da Administração Fazendária e até da Polícia Federal em reter um bem e investigar a possível criminalidade na introdução do mesmo com largo prejuízo para o Erário.

A inflexão que pode ser feita pelo Judiciário no âmbito do processo administrativo-aduaneiro aqui tratado não pode fulminar a atuação do Poder Público em sua competência *ex lege*, sob pena de írrita cassação de competências.

Constatado o excesso de prazo, cabe ao Judiciário apenas determinar que a autoridade competente conclua o procedimento **em termo razoável** (v.g., TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 321378 - 0005664-11.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 04/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/02/2016).

Observe, por fim, que foi noticiado nos autos o encerramento do procedimento administrativo em questão, tendo concluído a Autoridade Alfândegária que a impetrante **praticou falsidade ideológica** nas operações de importação analisadas, conduta passível de punição com a **pena de perdimento**, razão pela qual foi lavrado o competente auto de infração (ID 138101369).

Diante de tal cenário, e considerando que a presente ação não tem por escopo analisar a operação de importação realizada pela impetrante (e muito menos sua propalada boa-fé, o que é, inclusive, incompatível com a via estreita do mandado de segurança), mas afastar a omissão administrativa e possibilitar o desembaraço das mercadorias importadas, entendo não haver mais espaço para discussão acerca do caso.

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença.

Ante o exposto, **dou provimento** à apelação da União Federal e à remessa necessária. Recurso adesivo prejudicado.

É como voto.

EMENTA

ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. IMPORTAÇÃO. FORTES INDÍCIOS DE FRAUDE. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ESPECIAL DE CONTROLE ADUANEIRO. RETENÇÃO DAS MERCADORIAS ATÉ A SUA CONCLUSÃO. LEGALIDADE. IRREGULARIDADE PASSÍVEL DE PENA DE PERDIMENTO. LIBERAÇÃO DOS BENS MEDIANTE CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE.

1. É entendimento pacífico em nossa jurisprudência que, uma vez instaurado do processo administrativo fiscal para apuração de fraude em operação de importação, cujo resultado possível é a aplicação de pena de perdimento às mercadorias, é legítima a apreensão e retenção destas até a conclusão do aludido procedimento (v.g., REsp 1141785/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/03/2010).

2. A fiscalização da entrada e da saída de bens do país é poder-dever da Administração, cuidando não só da arrecadação tributária, mas também da economia popular, da saúde pública, do equilíbrio da balança comercial, da indústria nacional, do consumidor etc. Justamente por isso, a retenção aqui analisada de modo algum configura ofensa ao teor da Súmula nº 323 do STF, uma vez que não se trata de apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, mas para proteção da política fiscal e alfândegária do país.

3. O art. 5º-A da Instrução Normativa nº 1169/11 prevê a possibilidade de liberação das mercadorias retidas em procedimento especial de controle aduaneiro, mediante a prestação de garantia, desde que as irregularidades que motivaram a retenção sejam exclusivamente aquelas elencadas nos incisos IV e V do *caput* do art. 2º da mesma IN, situação diversa da retratada no presente caso.

4. Constatado o excesso de prazo para a conclusão do procedimento especial aduaneiro, cabe ao Judiciário apenas determinar que a autoridade competente conclua o procedimento em termo razoável; jamais determinar a liberação das mercadorias, sob pena de írita cassação de competências.

5. Foi noticiado nos autos o encerramento do procedimento administrativo em questão, tendo concluído a Autoridade Alfândegária que a impetrante **praticou falsidade ideológica** nas operações de importação analisadas, conduta passível de punição com a **pena de perdimento**, razão pela qual foi lavrado o competente auto de infração. Diante de tal cenário, e considerando que a presente ação não tem por escopo analisar a operação de importação realizada pela impetrante (e muito menos sua propalada boa-fé, o que é, inclusive, incompatível com a via estreita do mandado de segurança), mas afastar a omissão administrativa e possibilitar o desembaraço das mercadorias importadas, resta superada a controvérsia posta em desate.

6. Apelação da União Federal e remessa necessária providas. Recurso adesivo prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União Federal e à remessa necessária. Recurso adesivo prejudicado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016973-22.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: NEW POWER COMERCIO DE SISTEMAS DE ENERGIA E DE DEFESA ESTRATEGICA - EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD - SP342778-A, CARINE CRISTINA FUNKE MURAD - SP249928-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016973-22.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: NEW POWER COMERCIO DE SISTEMAS DE ENERGIA E DE DEFESA ESTRATEGICA - EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD - SP342778-A, CARINE CRISTINA FUNKE MURAD - SP249928-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Agravo de Instrumento interposto em face de decisão proferida nos autos da Ação Ordinária Anulatória de Ato Administrativo n.º 5010301-31.2020.4.03.6100, em trâmite perante a 26ª Vara Cível Federal de São Paulo, na qual a MM. Juíza “*a quo*” indeferiu o pedido de Tutela Antecipada requerida pela ora agravante, considerando que “...**ao menos neste juízo de cognição sumária, apenas com base nas alegações firmadas na petição inicial e na análise dos documentos que a acompanham, não é possível verificar a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades praticadas pela ré. Tais alegações, portanto, ensejama oitiva da parte contrária...**”.

Deferi em parte a antecipação de tutela recursal para (1) suspender a exigibilidade das multas aplicadas em face da agravante em virtude dos fatos noticiados na minuta (facultando à empresa, se o quiser, depositar em juízo o valor da multa já imposta) e (2) suspender entre as partes os efeitos do contrato administrativo, até a prolação de sentença na ação de origem (ID 135363072).

Consta a interposição de agravo interno pela União Federal (ID 138237600), sendo indeferido o pedido de reconsideração e rechaçadas as assertivas das partes acerca de fatos diversos que não se inserem na matéria devolvida ao exame recursal (ID 142056526).

Contrarrazões ao agravo interno (ID 142804067).

Petição da União requerendo prioridade no julgamento (ID 143897174).

Anoto a posterior interposição do agravo de instrumento n.º 5018644-80.2020.4.03.0000, originário da mesma ação, cuja discussão envolve a determinação de remessa dos autos ao juízo da 7ª Vara Cível Federal do Rio de Janeiro, para julgamento em conjunto com ação ajuizada pela União em face da empresa ora agravante.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5016973-22.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: NEW POWER COMERCIO DE SISTEMAS DE ENERGIA E DE DEFESA ESTRATEGICA - EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD - SP342778-A, CARINE CRISTINA FUNKE MURAD - SP249928-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Consta que a empresa – considerada *estratégica* para fins de defesa nacional segundo a Portaria n.º 90/2018 do Ministério da Defesa – ajuizou Ação Ordinária Anulatória de Ato Administrativo em face da União Federal (Marinha do Brasil) buscando a suspensão da aplicação de **multa** que lhe foi imposta sob a alegação de que não teria cumprido com sua obrigação estipulada em contrato (entrega de eventos físicos – baterias, no prazo estabelecido), ao passo que a própria União Federal, mesmo se comprometendo assim proceder na **cláusula 15ª** do contrato (“Haverá reajustamento anual do preço contratado, a partir da Data-Base (Data de apresentação da proposta, 27/07/2016), adotando-se a fórmula a seguir, conforme preconizado no Decreto n.º 1.054/94: $IR = (0,33 \times O \times USD) + (0,08 \times O \times E) + (0,24 \times Cu \times USD) + (0,16 \times PB \times USD) + (0,15 \times IGP-M) + (0,04 \times IPCA)$ ”), jamais aplicou os reajustes dos valores estipulados na avença, “em face dos regramentos vigentes”, como ficou consignado em vários documentos, pelo menos desde fevereiro de 2019; consta que os pagamentos regulares não foram suspensos, mas que o reajustamento do contrato “se encontra em discussão” (ofício de 24 de julho de 2019).

A Diretoria de Engenharia Naval discorda da fórmula de reajuste pactuada na 15ª clausula, sustentando principalmente que o reajuste vinculado à variação cambial é vedado pelo art. 6º da Lei 8.880/94.

Consta que o contrato administrativo prevê o fornecimento pela agravante de dois conjuntos de elementos de bateria de propulsão de submarinos da classe “Tupî” e “Tikuna”.

O contrato foi vinculado ao Termo de Justificativa de Dispensa de Licitação n.º 01/2016 da Marinha e teve seu texto aprovado pelo Parecer n.º 3533/2016/JTBT/CJU-RJ/CGU/AGU, emitido pela Consultoria Jurídica da União do Estado do Rio de Janeiro (“AGU-RJ”) em 03.10.2016.

Sucedeu que em 21.03.2018 a firma procurou a Marinha para **obter a incidência da cláusula de reajuste contida no contrato, redigida de comum acordo**. A autoridade militar submeteu o pleito à AGU-RJ, que emitiu parecer *desfavorável* (Parecer nº 02028/2019/CGU-RJ/CGU/AGU, “Parecer da AGU”) afirmando que a fórmula de reajuste violaria o art. 6º da Lei nº 8.880/94, além do que seria excessivamente onerosa para a administração, concedendo vantagem indevida para a contratada, sendo nula de pleno direito por *ferir de morte* o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo ser aplicado índice de reajuste geral; por outro lado, o direito de reajuste estaria coberto pela preclusão lógica, já que a empresa não teria formalizado pedido de reajuste durante os dois primeiros anos de vigência do contrato.

Nesse cenário, a empresa buscou suspender a execução do contrato em virtude do inadimplemento do Poder Público em não aplicar o reajuste e ainda deixar de lhe pagar valores reconhecidamente devidos de ICMS.

Na sequência, a ora agravante foi **multada** pelo contratante pelo atraso na entrega do objeto do contrato.

Num primeiro momento, e *ictu oculi*, verifica-se que inoocorreu preclusão para o reajuste.

Do que dá para ver dos autos, a própria minuta contratual foi preparada pela Marinha e encaminhada à NewPower, o que reforça a natureza de **contrato de adesão** (como é de regra nos contratos celebrados pela administração, ainda que com dispensa de licitação, como foi o caso); Nesse sentido segue a opinião – nada isolada – de SZKLAROWSKY, Leon Frejda (Interpretação dos contratos administrativos, Revista de Informação Legislativa, vol. 36, n. 144, out-dez/1999, p. 214) no sentido de que: “...os contratos públicos, entre os quais se destacamos celebrados com a Administração Pública, dadas as prerrogativas desta, que impõe as condições e cláusulas unilateralmente, caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão”.

Assim, é certo dizer que a agravante **aderiu** aos termos do chamado com dispensa de licitação e aderiu – nada mais lhe restava fazer – aos termos da minuta contratual formulada pelo próprio Poder Público, e que a Marinha do Brasil havia previamente submetido à análise da Consultoria Jurídica da União no Rio de Janeiro. Isso constou da 3ª cláusula do contrato: “A minuta deste contrato foi aprovada pelo Parecer nº 3533/2016/JTBT/CJURJ/CGU/AGU da Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro, nos termos do art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 e item 3.3, da Portaria nº 319/MB de 12 de junho de 2013”.

Nesse cenário, a empresa, presumidamente, ingressou de boa-fé nos termos do contrato administrativo, no qual obviamente não teve ingerência além dos limites em que a lei lhe faculta (o que não é o caso dos autos), sendo que nem posteriormente houve alteração dessa **cláusula 15ª**.

Na verdade, documentos coligidos pela agravante dão sinais de que o *mesmo* texto da cláusula 15ª **já fora usado anteriormente** em contrato celebrado com a firma **Eaton Power Quality Indústria Ltda.**, em 2005, também com idêntica *aprovação* pela AGU (Parecer nº 141, de 21/07/2005).

Aqui, calha recordar o que já foi sustentado pela autora alhures, o comportamento **contraditório** do Poder Público: para uma empresa, contratada em 2005, valeu idêntica cláusula de reajuste que agora não vale para a agravante, embora nas duas vezes a AGU tenha se manifestado favoravelmente a ambas as minutas de contrato. No direito brasileiro não é possível o *venire contra factum proprio*, sendo impossível que “a parte, após praticar ato em determinado sentido, venha a adotar comportamento posterior e contraditório” (AgRg no REsp 1099550/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010). Se isso fosse possível estaria derogada a antiquíssima regra *tu quoque* (da frase atribuída a Giulio Cesare depois de ser apunhalado à traição pelo filho adotivo Brutus), e admitida entre nós para impedir que alguém que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma iníferido.

É certo que o *pacta sunt servanda* em sede de contrato administrativo comporta vários temperamentos, mas não chega ao ponto de, em clara violação ao princípio da boa-fé (implícito no art. 37 da CF), o qual é um dos pilares sobre que se sustenta a boa administração pública (AREsp 1165762/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 04/04/2019), impedir os reajustes pactuados entre a contratante e o particular contratado.

No ponto, descabe falar em ‘preclusão’ do direito ao reajuste.

O fato de o contratado não ter manejado antes a cláusula 15ª não evidencia que desertou dela, sendo descabido falar-se em *supressio* na espécie, e isso por várias razões.

Em **primeiro lugar**, é do senso comum que o custo dos bens empregados no objeto contratual – muitos deles adquiridos no exterior em dólar americano – só aumentam; não tem propósito sequer presumir que o contratado fosse ‘abrir mão’ do reajuste quando se visse efetivamente premido pelo perecimento de sua contraprestação; em **segundo lugar**, a *supressio* ou, no alemão onde tem grande uso, “*verwirkung*” (se admitida como a situação do esgotamento do direito se o titular não o realiza por longo tempo e o obrigado não devia tomar providências quanto ao uso dele) não pode ser admitida em sede de contrato administrativo, pela própria índole com que são formadas as respectivas obrigações, já que “segundo o instituto da *supressio*, o não exercício de direito por seu titular, no curso da relação contratual, gera para a outra parte, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a legítima expectativa de que não mais se mostrava sujeito ao cumprimento da obrigação, presente a possível deslealdade no seu exercício posterior” (REsp 1374830/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015). Em **terceiro lugar**, só se pode falar em *supressio* quando o beneficiário, por bastante tempo, ostenta indícios **objetivos** de que vai desprezar o direito, o que não é o caso considerando-se a celebração do contrato e o momento em que a empresa agravante bateu às portas do contratado em busca do reajuste entre ambos contratado. Em **quarto lugar**, e mais importante que tudo, **não se aplica o instituto da *supressio* em sede de contrato administrativo** porque a norma de reajuste do contrato é cogente, não havendo para a Administração qualquer legítima perspectiva de que o contratado, empresa comercial, vá abrir mão desse direito.

Ora, se contrato assegura o direito do contratado ao reajuste durante o prazo da avença, a inércia dentro desse prazo não pode conduzir necessariamente à extinção do direito que é norma cogente do edital (art. 40, XI, Lei nº 8.666/) e cláusula necessária do contrato administrativo que dele decorre (art. 54, III). Além disso, “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.” (art. 66).

Nesse cenário, não custa recordar que é norma constitucional a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (artigo 37, XXI, CF), através de três mecanismos — *reajuste, revisão e correção monetária* — e serve para combater as *patologias* econômicas que desestabilizam o equilíbrio (alteração unilateral do contrato, ‘fato do príncipe’, fato da administração, etc.).

Sob esse prisma, a renúncia a qualquer reequilíbrio econômico-financeiro tem que ser *expressa*, sem rebuços, de parte do contratado.

Uma limitação temporal para o exercício do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro não está lei e nem poderia estar, porquanto os eventos que podem gerar essa readequação são todos eles futuros, residentes na “álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Na verdade, aplicar-se a *supressio* em sede de contrato administrativo para impedir o reajuste quando o contratado a reclama, é conduta condenável do Poder Público, desleal e antiética, já que afeta um direito constitucionalmente assegurado e pode gerar efeitos prejudiciais ao próprio interesse público presente no contrato.

Quanto ao tópico da **fórmula** trazida na cláusula 15ª que se vale da **variação cambial**, é óbvio que se refere aos insumos de origem alienígena usados nos artefatos produzidos pela agravante.

Ora, se a contratada necessita adquirir no exterior insumos para emprego na construção de baterias de submarinos – atividade altamente técnica e especializada – e a moeda nacional sofre contínua escalada de desvalorização cujo percentual é sempre *surpreendente*, é óbvio que se trata de situação que pode gerar a repactuação (art. 65, inciso II, d, da Lei nº 8.666/1993) ou de reajustes de valor, para que se dê guarida a comutatividade e ao equilíbrio dentro da avença. Tema *semelhante* já foi acolhido no STJ: REsp 1433434/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 21/03/2018.

O art. 6º da Lei nº 8.880/94 (*É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior*) não parece abonar o ‘novo’ entendimento da AGU, já que o dispositivo **impede a indexação do reajuste** à moeda estrangeira (o dólar, claro); na espécie, porém, levou-se em consideração os insumos para as baterias, especialmente petróleo, cobre e chumbo, cujos preços são obtidos no mercado internacional e variam muito.

Salta aos olhos que *o reajuste não é vinculado à moeda estrangeira*, a qual compõe a fórmula adotada apenas porque a própria Marinha de Guerra levou em conta dos materiais necessários à construção das baterias. O preço do contrato será pago em reais, mas deverá computar o que a empresa despende para comprar, em dólar, no mercado internacional, os insumos, o que é absolutamente correto.

Quem já vivia ao tempo do Plano Real sabe muito bem que a lei que o instituiu procurou obstar a utilização da moeda estrangeira para pagamento dos contratos nacionais, já que os economistas da época jamais desprezariam a realidade das compras e dos contratos internacionais. Aqui, o dólar será usado no custeio das *commodities* necessárias ao cumprimento do contrato. A bateria do submarino não será paga em dólar pela União, mas a contratada precisa pagar em dólar os insumos e a empresa não pode arcar sozinha com a variação cambial nos preços, sendo certo que essa obrigação não foi pactuada no contrato. O contrato não está atrelado ao câmbio, mas o reajuste deve levar em conta o preço em dólar dos insumos, isso é evidente.

Um outro aspecto deve ser considerado: a questão do inadimplemento pelo Poder Público de uma certa parcela de ICMS, que era devido à empresa relativa à ‘transposição de estados’ e ao ‘fundo de combate à pobreza’, em face da não inclusão deste tributo na planilha de custo da proposta comercial.

Enfim, há sérios indícios – ao menos neste momento de cognição sumária – de inadimplência em desfavor da contratada-agravante, fazendo emergir as regras dos arts. 66 e 78, XV, da Lei de Licitações, cenário em que o STJ abriga o **direito à suspensão do objeto contratual** (REsp 879.046/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 18/06/2009 - RMS 15.154/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 02/12/2002, p. 222), pois “...com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público...” (REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008).

Assim, não tem cabimento manter-se, ao menos por ora, a imposição de penalidade (multas) atribuída pela Marinha de Guerra à empresa, já que dificilmente a empresa poderia cumprir com suas obrigações na medida em que não lhe cabe suportar os ônus extraordinários do custo dos insumos eis que o Poder Público sancionador é que vem inadimplindo suas obrigações contratuais, incluindo o pagamento de tributos, como reconheceu expressamente em ata de reunião onde os convenientes se encontraram para tratar de suas pendências.

Assim, presentes os requisitos legais, **mantenho a decisão antecipatória recursal** para (1) suspender a exigibilidade das multas aplicadas em face da agravante em virtude dos fatos noticiados na minuta (facultando à empresa, se o quiser, depositar em juízo o valor da multa já imposta) e (2) suspender entre as partes os efeitos do contrato administrativo, até a prolação de sentença na ação de origem.

Nestes termos DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, restando prejudicado o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. READEQUAÇÃO FINANCEIRA DE CONTRATO FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO, COM APLICAÇÃO DE CLÁUSULA DE REVISÃO DE PREÇOS. CONTRATO DE ADESÃO. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DA *SUPRESSIO* NO DIREITO ADMINISTRATIVO. VARIAÇÃO CAMBIAL: FÓRMULA RELATIVA AO CUSTO DOS BENS EMPREGADOS NO OBJETO CONTRATUAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Consta que a empresa – considerada *estratégica* para fins de defesa nacional segundo a Portaria nº 90/2018 do Ministério da Defesa – ajuizou Ação Ordinária Anulatória de Ato Administrativo em face da União Federal (Marinha do Brasil) buscando a suspensão da aplicação de multa que lhe foi imposta sob a alegação de que não teria cumprido com sua obrigação estipulada em contrato (entrega de eventos físicos – baterias, no prazo estabelecido), ao passo que a própria União Federal, mesmo se comprometendo assim proceder na **cláusula 15ª** do contrato (“Haverá reajustamento anual do preço contratado, a partir da Data-Base (Data de apresentação da proposta, 27/07/2016), adotando-se a fórmula a seguir, conforme preconizado no Decreto n.º 1.054/94: $IR = (0,33 \times O \times USD) + (0,08 \times O \times E) + (0,24 \times C_u \times USD) + (0,16 \times P_B \times USD) + (0,15 \times IGP-M) + (0,04 \times IPCA)$ ”), jamais aplicou os reajustes dos valores estipulados na avença, “em face dos regramentos vigentes”, como ficou consignado em vários documentos, pelo menos desde fevereiro de 2019; consta que os pagamentos regulares não foram suspensos, mas que o reajustamento do contrato “se encontra em discussão” (ofício de 24 de julho de 2019).

2. A firma procurou a Marinha para obter a incidência da **cláusula de reajuste contida no contrato, redigida de comum acordo**. A autoridade militar submeteu o pleito à AGU-RJ, que emitiu parecer *desfavorável* (Parecer nº 02028/2019/CGU-RJ/CGU/AGU, “Parecer da AGU”) afirmando que a fórmula de reajuste violaria o art. 6º da Lei nº 8.880/94, além do que seria excessivamente onerosa para a administração, concedendo vantagem indevida para a contratada, sendo nula de pleno direito por *ferir de morte* o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo ser aplicado índice de reajuste geral; por outro lado, o direito de reajuste estaria coberto pela preclusão lógica, já que a empresa não teria formalizado pedido de reajuste durante os dois primeiros anos de vigência do contrato. Nesse cenário, a empresa buscou suspender a execução do contrato em virtude do inadimplemento do Poder Público em não aplicar o reajuste e ainda deixar de lhe pagar valores reconhecidamente devidos de ICMS. Na sequência, a agravante foi **multada** pelo contratante pelo atraso na entrega do objeto do contrato.

3. Num primeiro momento, e *ictu oculi*, verifica-se que incoerreu preclusão para o reajuste. Do que dá para ver dos autos, a própria minuta contratual foi preparada pela Marinha e encaminhada à NewPower, o que reforça a natureza de **contrato de adesão** (como é de regra nos contratos celebrados pela administração, ainda que com dispensa de licitação, como foi o caso); Nesse sentido segue a opinião – nada isolada – de SZKLAROWSKY, Leon Frejda (*Interpretação dos contratos administrativos*, Revista de Informação Legislativa, vol. 36, n. 144, out-dez/1999, p. 214) no sentido de que: “...os contratos públicos, entre os quais se destacamos celebrados com a Administração Pública, dadas as prerrogativas desta, que impõe as condições e cláusulas unilateralmente, caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão”. Assim, é certo dizer que a agravante **aderiu** aos termos do chamado com dispensa de licitação e aderiu – nada mais lhe restava fazer – aos termos da minuta contratual formulada pelo próprio Poder Público, e que a Marinha do Brasil havia previamente submetido à análise da Consultoria-Jurídica da União no Rio de Janeiro. Isso constou da 3ª cláusula do contrato: “A minuta deste contrato foi aprovada pelo Parecer nº 3533/2016/JTBT/CJURJ/CGU/AGU da Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro, nos termos do art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 e item 3.3, da Portaria n.º 319/MB de 12 de junho de 2013”.

4. A empresa, presumidamente, ingressou de boa-fé nos termos do contrato administrativo, no qual obviamente não teve ingerência além dos limites em que a lei lhe faculta (o que não é o caso dos autos), sendo que nem posteriormente houve alteração dessa **cláusula 15ª**. Na verdade, documentos coligidos pela agravante dão sinais de que o *mesmo* texto da cláusula 15ª **já fora usado anteriormente** em contrato celebrado com a firma **Eaton Power Quality Indústria Ltda.**, em 2005, também com idêntica *aprovação* pela AGU (Parecer n.º 141, de 21/07/2005). Aqui, calha recordar o que já foi sustentado pela autora alhures, o comportamento **contraditório** do Poder Público: para uma empresa, contratada em 2005, valeu idêntica cláusula de reajuste que agora não vale para a agravante, embora nas duas vezes a AGU tenha se manifestado favoravelmente a ambas as minutas de contrato. No direito brasileiro não é possível o *venire contra factum proprio*, sendo impossível que “a parte, após praticar ato em determinado sentido, venha a adotar comportamento posterior e contraditório” (AgRg no REsp 1099550/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010). Se isso fosse possível estaria derogada a antiquíssima regra *tu quoque* (da frase atribuída a Giulio Cesare depois de ser apunhalado à traição pelo filho adotivo Brutus), e admitida entre nós para impedir que alguém que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido.

5. Descabe falar em ‘preclusão’ do direito ao reajuste. O fato de o contratado não ter manejado antes a cláusula 15ª não evidencia que desertou dela, sendo descabido falar-se em *supressio* na espécie, e isso por várias razões. Em **primeiro lugar**, é do senso comum que o custo dos bens empregados no objeto contratual – muitos deles adquiridos no exterior em dólar americano – só aumentam, não tem propósito sequer presumir que o contratado fosse ‘abrir mão’ do reajuste quando se visse efetivamente premido pelo perecimento de sua contraprestação; em **segundo lugar**, a *supressio* ou, no alemão onde tem grande uso, “*verwirkung*” (se admitida como a situação do esgotamento do direito se o titular não o realiza por longo tempo e o obrigado não devia tomar providências quanto ao uso dele) não pode ser admitida em sede de contrato administrativo, pela própria índole com que são formadas as respectivas obrigações, já que “segundo o instituto da *supressio*, o não exercício de direito por seu titular, no curso da relação contratual, gera para a outra parte, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a legítima expectativa de que não mais se mostrava sujeito ao cumprimento da obrigação, presente a possível deslealdade no seu exercício posterior” (REsp 1374830/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015). Em **terceiro lugar**, só se pode falar em *supressio* quando o beneficiário, por bastante tempo, ostenta indícios **objetivos** de que vai desprezar o seu direito, o que não é o caso, considerando-se a celebração do contrato e o momento em que a empresa agravante bateu às portas do contratado em busca do reajuste entre ambos contratado. Em **quarto lugar**, e mais importante que tudo, **não se aplica o instituto da *supressio* em sede de contrato administrativo** porque a norma de reajuste do contrato é cogente, não havendo para a Administração qualquer legítima perspectiva de que o contratado, empresa comercial, vá abrir mão desse direito.

6. A renúncia a qualquer reequilíbrio econômico-financeiro tem que ser *expressa*, sem rebuços, de parte do contratado. Uma limitação temporal para o exercício do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro não está na lei e nem poderia estar, porquanto os eventos que podem gerar essa readequação são todos eles futuros, residentes na “álea econômica extraordinária e extracontratual”. Na verdade, aplicar-se a *supressio* em sede de contrato administrativo para impedir o reajuste quando o contratado a reclama, é conduta condenável de parte do Poder Público, desleal e antiética, já que afeta um direito constitucionalmente assegurado e pode gerar efeitos prejudiciais ao próprio interesse público presente no contrato.

7. Quanto ao tópico da **fórmula** trazida na cláusula 15ª que se vale da **variação cambial**, é óbvio que se refere aos **insumos de origem alienígena** usados nos artefatos produzidos pela agravante. Ora, se a contratada necessita adquirir no exterior insumos para emprego na construção de baterias de submarinos – atividade altamente técnica e especializada – e a moeda nacional sofre contínua escalada de desvalorização cujo percentual é sempre *surpreendente*, é óbvio que se trata de situação que pode gerar a repactuação (art. 65, inciso II, d, da Lei nº 8.666/1993) ou de reajustes de valor, para que se dê guarida a comutatividade e ao equilíbrio dentro da avença. Tema *semelhante* já foi acolhido no STJ: REsp 1433434/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 21/03/2018.

8. O art. 6º da Lei nº 8.880/94 (*É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior*) não parece abonar o ‘novo’ entendimento da AGU, já que o dispositivo **impede a indexação do reajuste** à moeda estrangeira (o dólar, claro); na espécie, porém, levou-se em consideração os insumos para as baterias, especialmente petróleo, cobre e chumbo, cujos preços são obtidos no mercado internacional e variam muito. Salta aos olhos que *o reajuste não é vinculado à moeda estrangeira*, a qual compõe a fórmula adotada apenas porque a própria Marinha de Guerra levou em conta dos materiais necessários à construção das baterias. O preço do contrato será pago em reais, mas deverá computar o que a empresa despende para comprar, em dólar, no mercado internacional, os insumos, o que é absolutamente correto. Quem já vivia ao tempo do Plano Real sabe muito bem que a lei que o instituiu procurou obstar a utilização da moeda estrangeira para pagamento dos contratos nacionais, já que os economistas da época jamais desprezariam a realidade das compras e dos contratos internacionais. Aqui, o dólar será usado no custeio das *commodities* necessárias ao cumprimento do contrato. A bateria do submarino não será paga em dólar pela União, mas a contratada precisa pagar em dólar os insumos e a empresa não pode arcar sozinha com a variação cambial nos preços, sendo certo que essa obrigação não foi pactuada no contrato. O contrato não está atrelado ao câmbio, mas o reajuste deve levar em conta o preço em dólar dos insumos, isso é evidente.

9. Um outro aspecto deve ser considerado: a questão do inadimplemento pelo Poder Público de uma certa parcela de ICMS, que era devido à empresa relativa à ‘transposição de estados’ e ao ‘fundo de combate à pobreza’, em face da não inclusão deste tributo na planilha de custo da proposta comercial.

10. Há sérios indícios – ao menos neste momento de cognição sumária – de inadimplência em desfavor da contratada-agravante, fazendo emergir as regras dos arts. 66 e 78, XV, da Lei de Licitações, cenário em que o STJ abriga o **direito à suspensão do objeto contratual** (REsp 879.046/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 18/06/2009 - RMS 15.154/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 02/12/2002, p. 222), pois “...com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despidiendia a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público...” (REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008).

11. Não tem cabimento manter-se, ao menos por ora, a imposição de penalidade (multas) atribuída pela Marinha de Guerra à empresa, já que dificilmente a empresa poderia cumprir com suas obrigações na medida em que não lhe cabe suportar os ônus extraordinários do custo dos insumos eis que o Poder Público sancionador é que vem inadimplindo suas obrigações contratuais, incluindo o pagamento de tributos, como reconheceu expressamente em ata de reunião onde os convenentes se encontraram para tratar de suas pendências. Fica mantida a decisão antecipatória recursal para (1) suspender a exigibilidade das multas aplicadas em face da agravante em virtude dos fatos noticiados na minuta (facultando à empresa, se o quiser, depositar em juízo o valor da multa já imposta) e (2) suspender entre as partes os efeitos do contrato administrativo, até a prolação de sentença na ação de origem.

12. Agravo de instrumento parcialmente provido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018644-80.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: NEW POWER COMERCIO DE SISTEMAS DE ENERGIA E DE DEFESA ESTRATEGICA - EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD - SP342778-A, CARINE CRISTINA FUNKE MURAD - SP249928-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018644-80.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: NEW POWER COMERCIO DE SISTEMAS DE ENERGIA E DE DEFESA ESTRATEGICA - EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD - SP342778-A, CARINE CRISTINA FUNKE MURAD - SP249928-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

RELATÓRIO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

Agravo de instrumento tirado em ação ordinária que a agravante ajuizou em face da União Federal (Marinha do Brasil), buscando a suspensão da aplicação de multa que foi imposta à empresa e também porque a União Federal (Marinha do Brasil) não estava cumprindo com o contrato firmado, na medida em que jamais aplicou os reajustes dos valores estipulados na cláusula 15ª da minuta, simplesmente porque entendeu que tais valores eram “altos demais”. O feito foi distribuído nesta Seção Judiciária da Capital, onde a MM. Juíza “a quo” indeferiu o pedido de antecipação de tutela, o qual foi acolhido em decisão antecipatória no agravo de instrumento distribuído para a Sexta Turma desta Corte, cujo relator houve por bem deferir em parte a tutela. A União Federal, citada, apresentou petição informando a distribuição do processo de n.º 5021339-57.2020.4.02.5101, junto a 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, e por informar que se tratam das mesmas partes e mesmo objeto, pediu a remessa dos autos do processo n.º 5010301-31-2020.4.03.6100 à tal Seção Judiciária para que os feitos tramitem concomitantemente; declarou a União Federal que o processo do Rio de Janeiro visa compelir a empresa agravante a entregar por completo o conjunto para submarinos que lhe foi encomendado.

Sobreveio a decisão agravada:

"Entendo que, por discutirem o mesmo contrato, faz-se necessário a união das ações, a fim de evitar decisões conflitantes ou contraditórias.

Portanto, com fundamento no parágrafo 3º do artigo 55 do CPC, determino a remessa dos autos ao juízo da 7ª Vara Cível Federal do Rio de Janeiro, para julgamento em conjunto com o processo n.º 5021339-57.2020.4.02.5101."

Deferi o efeito ao agravo de instrumento para suspender a interlocutória agravada (ID 136782333).

Em face desta decisão a UNIÃO FEDERAL interpôs **agravo interno** onde sustenta, em síntese, que as duas ações possuem identidade de objeto, apenas com pedidos contrapostos.

Esclarece que na primeira ação, ajuizada pela União contra a empresa NEW POWER às 17:22:48 do dia 06/04/2020, busca-se o cumprimento do contrato (que a Contratada ameaçava parar de executar), inclusive requerendo que consignação dos valores que entende devidos a título de reajuste contratual pelos índices considerados lícitos pelo TCU. Já na segunda, foi distribuída pela empresa NEW POWER, contra a União, em 10/06/2020, às 18:07:57, e, remetida à a 26ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo (o Juízo “a quo”), por sorteio, ali foi despachada em 11/06/2020, às 18:39:03, no qual a autora exige o cumprimento do contrato (advertindo que “não pode mais executar”), e requerendo a suspensão da avença, até que o Juízo “declare” ser-lhe devido determinado valor a título de reajuste com base na mesma cláusula contratual de reajuste, conforme fórmula própria.

Entende que “a insistência da empresa em manter a ação em São Paulo, a qualquer preço, é a percepção equivocada que teve, diante da inicial concessão de tutela antecipada recursal para sustar os efeitos do contrato, de que conseguiu convencer os julgadores paulistas de que os dois institutos jurídicos do reajuste e do reequilíbrio econômico-financeiro são a mesma coisa, única forma pela qual lhe é possível fazer avançar sua tese de que é merecedora de “reajuste para recompor a variação de preços de insumos importados”, e assim extrair uma majoração do valor original do contrato em 53%, colocando-o a em preços muito superiores aos que quaisquer outros fornecedores mundiais dos mesmo equipamentos conseguiriam praticar.”

Aduz que a formulação contida na r. decisão agravada, acerca de ser “mais vantajoso” o prosseguimento da segunda ação, proposta em São Paulo, porque nesta se deu em primeiro lugar a citação, não encontra amparo no vigente ordenamento jurídico processual, na medida em que a o art. 59, do CPC, é claro ao definir, como critério de prevenção, o registro ou a distribuição da petição inicial.

Apona a necessidade de reunião das ações em um mesmo juízo, afastando-se o risco de decisões conflitantes, pois se as duas ações forem julgadas procedentes, ambas as partes poderão, reciprocamente, se escusar de dar cumprimento às respectivas condenações, porque dirão respeito exatamente aos mesmos fatos e pontos de Direito, inclusive sobre os mesmos pedidos (em contraposição).

Argumenta que, caso mantido o entendimento de que os dispositivos do Código de Processo Civil que cuidam da modificação de competência por conexão (arts. 54 e 55), são parcialmente inconstitucionais, quando for parte em algum dos polos a União Federal, referido pronunciamento precisará ser afetado ao órgão especial do C. TRF-3ª Região, por aplicação do art. 97, CF, bem como da Súmula Vinculante nº 10, do STF.

Por fim, versando a ação sobre contrato administrativo celebrado sob o regime jurídico da Lei nº 8.666/93, há que se observar o quanto dispõe o § 2º do art. 55 (norma especial) segundo o qual eventuais litígios sejam dirimidos no foro da Administração contratante, e não no foro do domicílio do Autor, o que seria a regra geral do CPC, independentemente de estar no polo ativo a União.

Impugnação do adverso (ID 141062793). Defende que a ação deve permanecer em trâmite no Juízo “a quo”, tanto por força do que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 109, como pelo discurso do Código de Processo Civil em seus artigos 239 e 240, os quais estabelecem, de forma clara e precisa, que é a citação que torna o juízo preventivo. Concorde a empresa que ambas as ações devem ser reunidas num único juízo, mas tal reunião deverá se dar nesta Seção Judiciária de São Paulo, inclusive por princípio da economia processual, (local da sede da autora e da execução do projeto).

A decisão restou mantida (ID 141947521) por seus próprios fundamentos.

Petição da União requerendo prioridade no julgamento (ID 143897237).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018644-80.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: NEW POWER COMERCIO DE SISTEMAS DE ENERGIA E DE DEFESA ESTRATEGICA - EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD - SP342778-A, CARINE CRISTINA FUNKE MURAD - SP249928-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Ressalvo meu entendimento pessoal quanto a *impossibilidade* de agravo de instrumento para discutir questão de competência, em homenagem a posição contrária estabelecida no STJ (AgInt no REsp 1850457/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020, DJe 27/04/2020 - AgInt no REsp 1800020/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019).

Conheço do recurso.

A empresa usou da **prerrogativa** do art. 51, § único do CPC e do art. 109, inciso XI, § 2º da Constituição Federal, ajuizando a demanda contra a União – onde busca, em suma, a readequação financeira do contrato, com aplicação de cláusula de revisão de preços, tendo paralisado as obras de construção das baterias para submarinos alegando a incapacidade de fazê-lo sem que haja o reajuste contratualmente ajustado – na sede da capital do Estado de São Paulo, local em que a autora **tem sua sede estatutária**.

Já a União, intentando o cumprimento do objeto contratual, parece que, ajuizando sua ação no Rio de Janeiro, passou ao largo do *caput* do art. 51 do CPC (*É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autora a União*) para valer-se do *foro de eleição*.

Nesse cenário, em que há cláusula constitucional favorável à conduta da empresa (*as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal*), resta duvidosa a incidência do art. 59 do CPC, que registra regra de competência derivada de distribuição, que parecer colidir – na espécie – com norma constitucional.

Outro ponto merece reflexão: aqui, o objeto é o reajuste contratual e para esse fim a empresa elencou sua *causa petendi*; ao que parece no Rio de Janeiro a União – que aqui já foi citada – reivindica o prosseguimento do contrato por parte da empresa agravada. Não se conhece a *causa petendi* desse outro processo e os pedidos parecem não ser os mesmos, embora as partes seguramente sejam. O art. 55 do CPC tem o seguinte discurso: “*Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir*”.

Ao que se sabe até agora por força da petição da União, o objeto da demanda ajuizada no Rio de Janeiro é a entrega do conjunto de baterias para os submersíveis da Marinha, enquanto que o objeto da presente ação é a recomposição do preço (a parte não deseja *romper* o contrato). Ou seja, há vestígios, rastros, de que pode não haver conexão. Isso porque – como destacado na minuta – não se conhece na sua inteireza a demanda tal como foi proposta no Rio de Janeiro.

É certo que “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles” (inovação do § 3º do art. 55 do CPC); todavia, como pouco, ou nada, se conhece a respeito do *petitum* e da *causa petendi* da demanda proposta pela União, não há como dizer, com segurança, se haverá decisões conflitantes porque – repito – parece que os pedidos não são os mesmos e nem as causas de pedir, embora esses elementos possam ser melhor esmiuçados com a contestação da ré.

Calha destacar a lição de Teresa Arruda Alvim WAMBIER, Maria Lúcia Lins CONCEIÇÃO, Leonardo Ferres da Silva RIBEIRO e Rogério Licastro Torres de MELLO, “...Precitado § 3º do art. 55, ao permitir a reunião de causas mesmo sem que estas guardem relação de conexão entre si, acabou por reduzir a relevância da precisão na delimitação do conceito de conexão, primando justamente por sua elasticidade, o que serve ao prestígio de sua belíssima essência: evitar a contradição entre pronunciamentos judiciais e fomentar a economia processual. (...) A mensagem legislativa é clara: se para a reunião de causas sequer exige-se obrigatoriamente a constatação da conexão (§ 3º do art. 55 do NCPC), evidencia-se que o órgão jurisdicional deverá ser flexível e ampliativo para fins de estabelecimento da conexão, fomentando-se o quanto possível o julgamento conjunto de demandas que de alguma forma se relacionem, evitando-se decisões conflitantes entre si.” (Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo, São Paulo: RT, 2015, p. 123 - grifei).

Boa essa lição, mas serve para (1) destacar que se relativizou no novo CPC a questão da conexão e (2) como consequência, o objetivo do legislador é evitar decisões conflitantes.

Mas ainda assim deve-se ter em conta (1) no caso, não se sabe se esse conflito será real ou suposto (ou imaginário) e (2) acaso a regra do NCPC pode se sobrepor ao art. 109, inciso XI, § 2º da Constituição Federal, que estabeleceu uma regalia para o cidadão (ou contribuinte) eleger onde mais lhe convém litigar contra a União ?

De outro lado, não custa refletir que convém a aplicação *restritiva* desse § 3º do art. 55, de modo a não prejudicar litigantes menos dotados de forças processuais, acabando por quebrar a “paridade de armas”, fragilizando direitos processuais, e até evitando a reunião de dezenas de processos num mesmo juízo.

Havendo dúvida – ao menos por enquanto – acerca da possibilidade de decisões conflitantes, é de se referir o entendimento do STJ (que se aplica ao NCPC) no sentido de que “... Sendo conexas as causas, os processos devem ser reunidos para julgamento conjunto no juízo prevento, o qual, havendo diferença de competência territorial, é aquele que primeiro realizou a citação...” (grifei, em CC Nº 140.664 - RJ, RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA JULGADO: 28/09/2016). Nesse sentido: CC 122.922/AC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 06/12/2013.

Por fim, a União, em sua petição preliminar, deduz que houve **foro de eleição** (cláusula 30ª do contrato) entre os contratantes, que decidiram optar pelo Foro do Rio de Janeiro.

Ainda assim, é de se ponderar se o mesmo deve prevalecer à via do art. 109, inciso XI, § 2º da Constituição Federal, especialmente em caso onde – *aparentemente* – a contratada está sofrendo grandes prejuízos econômicos com a alegada recusa do Poder Público em aplicar a cláusula de reequilíbrio nos exatos termos em que se comprometeu a fazer (cláusula 15ª).

Aliás, o STJ já teve ensejo de julgar que “...o princípio da efetividade da jurisdição, aliado à inexistência de prejuízo à administração pública, legitima a escolha pelo particular de foro diverso daquele previsto contratualmente” (AgRg no REsp 1148011/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011).

A presente demanda se encontra *triangularizada* com a efetiva citação da ré-agravada, aguardando-se eventual contestação; ao que parece, a citação da empresa no Rio de Janeiro ainda não ocorreu. O art. 109, inciso XI, § 2º da Constituição Federal, e secundariamente o art. 51, e seu § único do CPC, falam em desfavor do foro de eleição; a flexibilização ventilada no § 3º do art. 55 do NCPC deve ser considerada *cum gamum salis*. Não há aparente prejuízo para a agravada no trâmite desta ação em São Paulo (ao menos pelo que se sabe até agora).

Enfim, há muitos aspectos a serem considerados no caso, de modo que me parece prematura a declinação de competência feita pelo r. Juízo de origem à vista de simples petição da agravada, desacompanhada de outros documentos capazes de os fazer debruçar sobre a integralidade da ação movida na 7ª Vara Cível Federal da Subseção do Rio de Janeiro.

Nestes termos DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, restando prejudicado o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO AJUIZADA PELA EMPRESA NO FORO DA SUA SEDE CUJO ESCOPO É A READEQUAÇÃO FINANCEIRA DE CONTRATO FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO, COM APLICAÇÃO DE CLÁUSULA DE REVISÃO DE PREÇOS. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA EM FAVOR DE JUÍZO ONDE TRAMITAÇÃO NA QUAL A UNIÃO, VALENDO-SE DO FORO DA ELEIÇÃO, REIVINDICA O PROSSEGUIMENTO DO MESMO CONTRATO POR PARTE DA EMPRESA AGRAVADA. PREMATURO RECONHECIMENTO DE CONEXÃO, À VISTA DOS PARCOS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. RECURSO PROVIDO.

1. Ressalvado entendimento pessoal do Relator quanto à *impossibilidade* de agravo de instrumento para discutir questão de competência, em homenagem a posição contrária estabelecida no STJ (AgInt no REsp 1850457/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020, DJe 27/04/2020 - AgInt no REsp 1800020/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019).

2. A empresa usou da **preerrogativa** do art. 51, § único do CPC e do art. 109, inciso XI, § 2º da Constituição Federal, ajuizando a demanda contra a União – onde busca, em suma, a readequação financeira do contrato, com aplicação de cláusula de revisão de preços, tendo paralisado as obras de construção das baterias para submarinos alegando a incapacidade de fazê-lo sem que haja o reajuste contratualmente ajustado – na sede da capital do Estado de São Paulo, local em que a autora **tem sua sede estatutária**. Já a União, intentando o cumprimento do objeto contratual, parece que, ajuizando sua ação no Rio de Janeiro, passou ao largo do *caput* do art. 51 do CPC (*É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autora a União*) para valer-se do *foro de eleição*.
3. Nesse cenário, em que há cláusula constitucional favorável à conduta da empresa (*as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal*), resta duvidosa a incidência do art. 59 do CPC, que registra regra de competência derivada de distribuição, que parecer colidir – na espécie – com norma constitucional.
4. Outro ponto merece reflexão: aqui, o objeto é o reajuste contratual e para esse fim a empresa elencou sua *causa petendi*; ao que parece no Rio de Janeiro a União – que aqui já foi citada – reivindica o prosseguimento do contrato por parte da empresa agravada. Não se conhece a *causa petendi* desse outro processo e os pedidos parecem não ser os mesmos, embora as partes seguramente sejam. O art. 55 do CPC tem o seguinte discurso: “*Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir*”. Ao que se sabe até agora por força da petição da União, o objeto da demanda ajuizada no Rio de Janeiro é a entrega do conjunto de baterias para os submersíveis da Marinha, enquanto que o objeto da presente ação é a recomposição do preço (a parte não deseja *romper* o contrato). Ou seja, há vestígios, rastros, de que pode não haver conexão. Isso porque – como destacado na minuta – não se conhece na sua inteireza a demanda tal como foi proposta no Rio de Janeiro.
5. É certo que “*Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles*” (inovação do § 3º do art. 55 do CPC); todavia, como pouco, ou nada, se conhece a respeito do *petitum* e da *causa petendi* da demanda proposta pela União, não há como dizer, com segurança, se haverá decisões conflitantes porque – repita-se – parece que os pedidos não são os mesmos e nem as causas de pedir, embora esses elementos possam ser melhor esmiuçados com a contestação da ré.
6. Havendo dúvida – ao menos por enquanto – acerca da possibilidade de decisões conflitantes, é de se referir o entendimento do STJ (que se aplica ao NCPC) no sentido de que “... Sendo conexas as causas, os processos devem ser reunidos para julgamento conjunto no juízo preventivo, o qual, havendo diferença de competência territorial, é aquele que primeiro realizou a citação...” (grifei, em CC Nº 140.664 - RJ, RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA JULGADO: 28/09/2016). Nesse sentido: CC 122.922/AC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 06/12/2013.
7. A União deduz que houve **foro de eleição** (cláusula 30ª do contrato) entre os contratantes, que decidiram optar pelo Foro do Rio de Janeiro. Ainda assim, é de se ponderar se o mesmo deve prevalecer à via do art. 109, inciso XI, § 2º da Constituição Federal, especialmente em caso onde – *aparentemente* – a contratada está sofrendo grandes prejuízos econômicos com a alegada recusa do Poder Público em aplicar a cláusula de reequilíbrio nos exatos termos em que se comprometeu a fazer (cláusula 15ª). Aliás, o STJ já teve ensejo de julgar que “...o princípio da efetividade da jurisdição, aliado à inexistência de prejuízo à administração pública, legitima a escolha pelo particular de foro diverso daquele previsto contratualmente” (AgRg no REsp 1148011/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011).
8. A presente demanda se encontra *triangularizada* com a efetiva citação da ré-agravada, aguardando-se eventual contestação; ao que parece, a citação da empresa no Rio de Janeiro ainda não ocorreu. O art. 109, inciso XI, § 2º da Constituição Federal, e secundariamente o art. 51, e seu § único do CPC, falam em desfavor do foro de eleição; a flexibilização ventilada no § 3º do art. 55 do NCPC deve ser considerada *cum ganum salis*. Não há aparente prejuízo para a agravada no trâmite desta ação em São Paulo (ao menos pelo que se sabe até agora).
9. Há muitos aspectos a serem considerados no caso, de modo que se afigura prematura a declinação de competência feita pelo r. Juízo de origem à vista de simples petição da agravada, desacompanhada de outros documentos capazes de os fazer debruçar sobre a integralidade da ação movida na 7ª Vara Cível Federal da Subseção do Rio de Janeiro.
10. Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000954-93.2019.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOL (BRASIL) LTDA

Advogados do(a) APELADO: CRISTINA WADNER D ANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZA NEGRAO FELICIO - SP345765-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5000954-93.2019.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOL (BRASIL) LTDA

Advogados do(a) APELADO: CRISTINA WADNER D ANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZA NEGRAO FELICIO - SP345765-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença que julgou procedente o pedido de MOL (BRASIL) LTDA, pela nulidade do processo administrativo 11128.722210/2018-70, instaurado pela Alfândega de Santos, e da penalidade por infração contida no art. 76, I, h, da Lei 10.833/03. A União foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Deu-se à causa o valor de R\$ 20.000,00.

A autora narra ter sido autuada por atrasar em mais de três vezes no mesmo mês a prestação de informações sobre carga estrangeira, incorrendo na penalidade de advertência prevista no aludido artigo. A autora entende não ser cabível a sanção, pois: não é uma transportadora marítima ou agente de carga, mas agente marítima (representante do transportador); há desproporcionalidade na sanção, ao se identificar inúmeras irregularidades e aplicar sanções – a pena de advertência e de multas, vinculadas a outros processos administrativos - para uma mesma operação, configurando ainda *bis in idem*; e a retificação posterior das informações quando ainda não lavrado o auto de infração configura denúncia espontânea, tornando, novamente, desproporcional o sancionamento.

Tomando por base o entendimento firmado no AI 5006889-93.2019.4.03.0000, no sentido de que o agente marítimo não pode ser responsabilizado pela ausência ou atraso no registro de dados em exportação, o juízo julgou procedente o pedido.

Em apelo, a União defende a responsabilização da autora, confessando a mesma a prestação intempestiva das informações junto ao SISCOMEX, concorrendo para o ato infracional, na forma do art. 37 do Decreto-Lei 37/66.

Contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5000954-93.2019.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOL(BRASIL) LTDA

Advogados do(a) APELADO: CRISTINA WADNER D ANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZANEGRAO FELICIO - SP345765-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Nos termos da procuração acostada aos autos (doc 07 - 139030293), a autora foi constituída como agente e representante de MITSUI OSK LINES LTD, empresa japonesa, para “exercer os poderes de representar o armador perante os órgãos fazendários e aduaneiras, podendo tomar as medidas necessárias com relação à entrada e saída, e desembarço de navios, assinar em nome do Outorgante termo de responsabilidade, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo 64, do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto 4.543/02 (Decreto-Lei 37/66, art. 39, parágrafos 2º e 3º, este com redação dada pelo Decreto 2.472/88, art. 1º), bem como praticar qualquer ato necessário ao bom e fiel cumprimento deste mandato e agenciar navios pertencentes ao Outorgante ou a ele afretados, incluindo poderes para imprimir e assinar cópia não negociável de conhecimentos marítimos emitidos no exterior”.

Dada a natureza de suas atribuições, tem-se como incidente a previsão contida no art. 37, § 1º, do Decreto-Lei 37/66, considerando, até mesmo em decorrência da natureza complexa da operação internacional e da multiplicidade de sujeitos, como responsável pelas informações de transporte “qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos, e o operador portuário, também devem prestar as informações sobre as operações que executem e respectivas cargas”.

Logo, não há mais espaço para a tese de que o agente, porquanto mero mandatário do armador, não teria obrigação de prestar informações acerca das importações por ele agenciadas, derivado o dever da legislação tributária atinente, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN. A própria responsabilidade tributária do representante no país de transportador estrangeiro, conferida pelo art. 32, parágrafo único, e confirmada pelo STJ no RESP 1.129.430/SP, baliza o cumprimento da obrigação acessória, voltada, sob a óptica da seara tributária, justamente para a correta tributação dos produtos importados.

Não se nega a adoção de pensamento em contrário no julgamento do agravo de instrumento, mas, melhor analisando o tema e diante da jurisprudência formada por este Tribunal, acredita-se ser esta a melhor posição a ser adotada no tema. Nesse sentido: ApCiv 0007588-32.2015.4.03.6105 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / 09.06.2020.

Sedimentada a sujeição da autora à obrigatoriedade de prestar no prazo as informações, a materialidade da infração ficou configurada a partir da vinculação de manifesto de carga após o prazo máximo definido a partir do registro de atracação, caracterizando sucessivas intempestividades. Registre-se que a eventual unidade da operação não se confunde com a pluralidade de manifestos a serem transmitidos pelo sistema SISCOMEX, autonomamente considerados enquanto infrações – ressalvado o fato de terem ocorrido infrações em dias diferentes (doc 01 - 139030287).

Ocorridas as irregularidades, torna-se pertinente a incidência da penalidade de advertência, na forma prevista pelo art. 76, I, h, da Lei 10.833/03, observado não só o seu caráter punitivo, mas, sobretudo, seu caráter pedagógico, em razão do comportamento desidioso da autora.

Quanto à existência de outros processos administrativos tratando de penalidades diversas, tem-se como correto o entendimento administrativo de que “(a) penalidade administrativa em referência não prejudica a verificação de demais infrações à legislação aduaneira, com correspondente aplicação de penalidade cabível, conforme também se verificou nos autos do processo vinculado, indicado na capa do presente auto de infração - Inteligência do parágrafo 15, artigo 76 da Lei 10.833, de 2003” (doc 01).

No mais, a prestação tardia da informações ou sua retificação não elidem a sanção, oriunda do descumprimento de obrigação acessória, autônoma e formal em sua natureza, ficando caracterizado o prejuízo pela própria intempestividade no envio daquelas informações, voltado o prazo para o bom funcionamento do sistema aduaneiro e do fluxo de importações e exportações.

Destacam-se os seguintes julgados deste Tribunal, na mesma toada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. SERVIÇO ADUANEIRO. AGENTE MARÍTIMO. DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES. LEGITIMIDADE. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. CABIMENTO.

1. O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.129.430/SP, submetido ao regime do recurso repetitivo de controvérsia, concluiu que o agente marítimo, no exercício exclusivo de atribuições próprias, no período anterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88 (que alterou o artigo 32, do Decreto-Lei 37/66), não ostentava a condição de responsável tributário, nem se equiparava ao transportador. 2. Em razões de recurso, a recorrente mencionou que efetuou pedido de parcelamento administrativo, mas não trouxe qualquer documento comprobatório.

2. Considerando que as atuações decorreram de fatos geradores ocorridos após à vigência do Decreto-Lei 2.472/88, não remanesce controvérsia sobre a possibilidade de responsabilidade da agravante.

3. Quanto ao mérito, a penalidade imposta por falta na entrega ou atraso das declarações, como aconteceu no caso em espécie, de correção extemporânea de conhecimento marítimo, tem como fundamento legal o art. 113, §§ 2º e 3º do CTN:

4. A prestação tempestiva de informações relativas a cargas procedentes do exterior está inserida entre as obrigações tributárias acessórias ou deveres instrumentais tributários, que decorrem da legislação tributária e têm por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (art. 113, § 2º, do CTN).

5. Agravo de instrumento improvido, agravo interno prejudicado.

(AI 5031769-86.2018.4.03.0000 / TRF3- SEXTA TURMA / DESª. FED. CONSUELO YOSHIDA / 21.02.2020)

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL IRRELEVANTE PARA O DESLINDE DA AÇÃO. ADUANEIRO. AGENTE DE CARGA. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR INFORMAÇÕES ACERCA DAS MERCADORIAS IMPORTADAS. INCLUSÃO DE DADOS NO SICOMEX EM PRAZO SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 728, IV, "E", DO DECRETO Nº 6.759/09 E NO ARTIGO 107, IV, "E", DO DECRETO-LEI Nº 37/66. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. OBRIGAÇÃO FORMAL E AUTÔNOMA. DANO AO ERÁRIO. OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA FIXADA NA R. SENTENÇA. INOVAÇÃO RECURSAL. QUESTÃO NÃO CONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há que se falar em nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa, uma vez que a prova testemunhal requerida é irrelevante para o deslinde da ação, uma vez que o acesso da autora/agravante ao Sistema SICOMEX decorre de expressa previsão legal.

2. Não há mais espaço para a tese de que o agente de carga, porquanto mero mandatário do armador, não teria obrigação de prestar informações acerca das importações por ele agenciadas, derivado o dever da legislação tributária atinente, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN.

3. Consta do auto de infração que a autora informou a desconsolidação relativa ao Conhecimento Eletrônico HAWB 957870778 26/071285715 no dia 02/04/12, às 06h18; referida carga foi trazida ao aeroporto internacional do Galeão no voo BLC8095, cuja aterrissagem ocorreu em 01/04/12, às 22h36. De acordo com o art. 8º da IN RFB nº 102/94, as informações sobre carga consolidada procedente do exterior ou de trânsito aduaneiro serão prestadas pelo desconsolidador de carga até duas horas após o registro de chegada do veículo transportador.

5. Verifica-se, portanto, que houve o descumprimento da obrigação acessória quando da referida desconsolidação, com a inclusão dos dados no sistema SICOMEX em prazo muito superior ao permitido, o que torna esboçada a incidência da multa prevista no art. 728, IV, "e", do Decreto nº 6.759/09 e no art. 107, IV, "e", do Decreto-Lei nº 37/66, com redação dada pela Lei nº 10.833/03.

6. A prestação de informações a destempo não permite incidir ao caso o instituto da denúncia espontânea, pois, na qualidade de obrigação acessória autônoma, o tão só descumprimento no prazo definido pela legislação tributária já traduz a infração, de caráter formal, e faz incidir a respectiva penalidade. A alteração promovida pela Lei 12.350/10 ao art. 102, § 2º, do Decreto-Lei 37/66 não afeta o citado entendimento, na medida em que a exclusão de penalidades de natureza tributária e administrativa com a denúncia espontânea só faz sentido para aquelas infrações cuja denúncia pelo próprio infrator aproveite à fiscalização. Na prestação de informações fora do prazo estipulado, em sendo elemento autônomo e formal, a infração já se encontra perfectibilizada, inexistindo comportamento posterior do infrator que venha a ilidir a necessidade da punição. Ao contrário. Admitir a denúncia espontânea no caso implicaria em tornar o prazo estipulado mera formalidade, afastada sempre que o contribuinte cumprisse a obrigação antes de ser devidamente penalizado.

7. Ademais, é entendimento assente em nossa jurisprudência que o dano ao erário não se limita a eventual prejuízo financeiro, restando configurado com o desrespeito à legislação e ao controle aduaneiro, em detrimento da política fiscal e alfandegária do país.

8. É insubsistente, ainda, a alegação de que a multa no valor de R\$ 5.000,00 violaria os princípios da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da razoabilidade. Isso, porque, "a multa não tem natureza de tributo, mas de sanção destinada a coibir a prática de atos inibitórios ou prejudiciais ao exercício regular da atividade de fiscalização e controle aduaneiro em portos, tendo caráter repressivo e preventivo, tanto geral como específico" (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2282544 - 0007671-17.2016.4.03.6104, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018).

9. Por fim, não deve ser conhecido o presente recurso quanto ao pedido de redução da verba honorária fixada na r. sentença, uma vez que a questão não foi aventada em sede de apelação, configurando evidente inovação recursal, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

10. Agravo interno conhecido em parte e, nesta, improvido.

(ApCiv 0054934-75.2012.4.03.6301 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOMDI SALVO / 25.01.2020)

ADUANEIRO E ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 107, IV, E, DO DECRETO-LEI Nº 37/66 - OBRIGAÇÃO DO AGENTE MARÍTIMO DECORRE DE LEI - DENÚNCIA ESPONTÂNEA: INAPLICABILIDADE ÀS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS - INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. O pedido é de anulação de multa, por infração ao artigo 107, inciso IV, alínea "e", do Decreto-lei nº 37/66. 2. A responsabilidade do agente marítimo e a multa decorrem dos artigos 32, 37 e 107, IV, "e", do Decreto-Lei nº 37/66. 3. A denúncia espontânea é inaplicável às obrigações tributárias acessórias. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Inocorrência de infração aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 5. Apelação desprovida." (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001358-18.2017.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 12/11/2019)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AGENTE MARÍTIMO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. AFASTAMENTO. DESTINATÁRIO DA MULTA. COMPROVAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE CHEGADA E ATRAVAZAMENTO DE EMBARCAÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. MULTA. LEGALIDADE DA APLICAÇÃO. NOTÍCIA APRESENTADA TARDIAMENTE ACERCA DA ALTERAÇÃO DO ROTEIRO. PRELIMINARES AFASTADAS. RECURSO DESPROVIDO.

- A responsabilização e as obrigações do agente marítimo estão previstas nos artigos 32, parágrafo único, alínea b, do Decreto-Lei nº 37/66, 52 do Decreto nº 4.543/2002 e 2º da Instrução Normativa SRF nº 137/98. Estabelecida sua obrigação de dação das informações relativas à embarcação, bem como sua qualidade de mandatário do armador, resta configurada sua legitimidade como destinatário da multa, no caso de inexistência ou de deficiência da sua atuação, de modo que não há que se falar em desrespeito ao disposto no artigo 110 do Código Tributário Nacional.

- As obrigações dos agentes marítimos estão previstas em lei, bem como as penalidades aplicáveis em caso de desrespeito às normas marítimas. Desnecessária a oitiva de testemunhas, para demonstração de suas atribuições, o cumprimento ou não de suas obrigações, assim como dos prazos legais. Correta, portanto, a sentença apelada na parte em que aplicou o disposto no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, por entender o magistrado de primeiro grau ser matéria de direito que independe de prova. Não há que se falar em desrespeito aos artigos 130 e 165 do Código de Processo Civil e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

- A apelante não informou antecipadamente o cancelamento da escala da embarcação *Vistamar*, de bandeira italiana, no Porto de Santos, a qual atracou no do Rio de Janeiro antes da data prevista, o que impossibilitou a fiscalização do navio pelos agentes da administração pública em Santos, à vista da destinação de funcionários para tais atos, e embarçou as atividades dos agentes do porto de destino. Correta a lavratura de auto de infração, na medida em que ficou demonstrada a prática da conduta descrita nos artigos 107, inciso IV, alínea c, do Decreto-Lei nº 37/66 e 3º da Instrução Normativa SRF nº 137/98.

- Quanto ao valor aplicado, note-se que não decorreu de discricionariedade da autoridade marítima, visto que está expressamente previsto em lei (DL. Nº 37/66, art. 107, inc. IV). A observância de tal norma é obrigatória, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da igualdade e da moralidade, previstos na Carta Política (CF, arts. 5º, inc. II, e 37).

- Preliminares rejeitadas e apelação desprovida.

(ApCiv 0010175-74.2008.4.03.6104/TRF3 – QUARTA TURMA/DES. FED. ANDRÉ NABARRETE / 27.06.2019)

Portanto, improcedente o pedido autoral, com a inversão dos ônus sucumbenciais previstos em sentença.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO. RESPONSABILIDADE DO AGENTE MARÍTIMO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES JUNTO AO SISCOMEX. ART. 37, § 1º, DO DECRETO-LEI 37/66. MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO. PROPORCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA. ART. 76, I, H, DA LEI 10.833/03. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. APELO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO, COM INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS PREVISTOS EM SENTENÇA.

1. Nos termos da procuração acostada aos autos, a autora foi constituída como agente e representante de MITSUI OSK LINES LTD, empresa japonesa, para “exercer os poderes de representar o armador perante os órgãos fazendários e aduaneiras, podendo tomar as medidas necessárias com relação à entrada e saída, e desembaraço de navios, assinar em nome do Outorgante termo de responsabilidade, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo 64, do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto 4.543/02 (Decreto-Lei 37/66, art. 39, parágrafos 2º e 3º, este com redação dada pelo Decreto 2.472/88, art. 1º), bem como praticar qualquer ato necessário ao bom e fiel cumprimento deste mandato e agenciar navios pertencentes ao Outorgante ou a ele afretados, incluindo poderes para imprimir e assinar cópia não negociável de conhecimentos marítimos emitidos no exterior”.

2. Dada a natureza de suas atribuições, tem-se como incidente a previsão contida no art. 37, § 1º, do Decreto-Lei 37/66, considerando, até mesmo em decorrência da natureza complexa da operação internacional e da multiplicidade de sujeitos, como responsável pelas informações de transporte “qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos, e o operador portuário, também devem prestar as informações sobre as operações que executem e respectivas cargas”. Não há mais espaço para a tese de que o agente, porquanto mero mandatário do armador, não teria obrigação de prestar informações acerca das importações por ele agenciadas, derivado o dever da legislação tributária atinente, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN. A própria responsabilidade tributária do representante no país de transportador estrangeiro, conferida pelo art. 32, parágrafo único, e confirmada pelo STJ no RESP 1.129.430/SP, baliza o cumprimento da obrigação acessória, voltada, sob a óptica da seara tributária, justamente para a correta tributação dos produtos importados.

3. Sedimentada a sujeição da parte autora à obrigatoriedade de prestar no prazo as informações, a materialidade da infração ficou configurada a partir da vinculação de manifesto de carga após o prazo máximo definido a partir do registro de atracação, caracterizando sucessivas intempetividades. Registre-se que a eventual unidade da operação não se confunde com a pluralidade de manifestos a serem transmitidos pelo sistema SISCOMEX, autonomamente considerados enquanto infrações – ressalvado o fato de terem ocorrido infrações em dias diferentes (doc 01 - 139030287).

4. Ocorridas as irregularidades, torna-se pertinente a incidência da penalidade de advertência, na forma prevista pelo art. 76, I, h, da Lei 10.833/03, observado não só o seu caráter punitivo, mas, sobretudo, seu caráter pedagógico, em razão do comportamento desidioso da autora.

5. Tem-se como correto o entendimento administrativo de que “(a) penalidade administrativa em referência não prejudica a verificação de demais infrações à legislação aduaneira, com correspondente aplicação de penalidade cabível, conforme também se verificou nos autos do processo vinculado, indicado na capa do presente auto de infração - Inteligência do parágrafo 15, artigo 76 da Lei 10.833, de 2003” (doc 01).

6. A prestação tardia das informações ou sua retificação não elidem a sanção, oriunda do descumprimento de obrigação acessória, autônoma e formal em sua natureza, ficando caracterizado o prejuízo pela própria intempetividade no envio daquelas informações, voltado o prazo para o bom funcionamento do sistema aduaneiro e do fluxo de importações e exportações.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0019063-63.2016.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ORACLE DO BRASIL SISTEMAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL GREGORIN - SP277592-A, JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0019063-63.2016.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ORACLE DO BRASIL SISTEMAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL GREGORIN - SP277592-A, JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de ORACLE DO BRASIL SISTEMAS LTDA, a fim de desconstituir o crédito tributário exigido no processo administrativo 16561.000054/2009-04, no que tange ao montante que exceda a diferença não depositada no mandado de segurança nº 0002237-45.2005.4.03.6100. O juízo condenou a ré ao pagamento de honorários nos parâmetros mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15, a partir do valor desconstituído, atualizado.

Deu-se à causa o valor de R\$ 11.803.547,64.

A autora narra ter impetrado mandado de segurança em 2005 visando ao reconhecimento do direito de não recolher a CIDE sobre remessas ao exterior a título de remuneração de licença de exploração de programas de computador. Nos autos, depositou os valores controvertidos. Porém, foi surpreendida com a lavratura de auto de infração (processo 16561.000054/2009-04), exigindo-se a CIDE referente aos meses de agosto, setembro e novembro de 2004, e de janeiro, março, maio, junho, agosto, setembro e dezembro de 2005, acrescida de juros moratórios, multa de mora e multa de ofício (75%).

Segundo a autora, o lançamento foi motivado por ter sido o depósito efetuado em momento posterior a seu vencimento, em setembro de 2006, sem a inclusão da multa de mora, tornando-o insuficiente. Defende que a insuficiência não permite a cobrança total dos valores devidos, desconsiderando a parcela depositada para fins de aplicação das referidas multas, infringindo os arts. 44, I, 61 e 63, § 2º, da Lei 9.430/96, e o art. 163 do CTN.

Em apelo, a União sustenta que a existência de depósitos judiciais não tem o condão de impor óbice à lavratura de auto de infração, em respeito à legislação tributária e à plena vinculação do ato administrativo. Aduziu que a multa de mora deriva do art. 61 da Lei 9.430/96, e que seu § 2º apenas interrompe a contagem do montante devido entre a concessão da liminar e o 30º dia após sua cassação. Ausente o depósito integral, defende a aplicabilidade da multa de ofício, na forma do art. 63 da Lei 9.430/96.

Contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019063-63.2016.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ORACLE DO BRASIL SISTEMAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL GREGORIN - SP277592-A, JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A causa tem por origem a lavratura de auto de infração por insuficiência de depósitos judiciais realizados para suspender a exigibilidade de CIDE discutida no mandado de segurança 0002237-45.2005.4.03.6100. Destaca-se trecho do auto de infração (grifo nosso):

“(c)omo constatado, já há a sentença julgando improcedente a ação de Mandado de Segurança nº 2005.61.00.002237-7 e extinguindo o processo com julgamento do mérito”.

Os depósitos judiciais só foram efetuados a partir de setembro de 2006 e sem a multa moratória devida, revelando-se, então, insuficientes, conforme informação da Equipe de Análise e Acompanhamento de Medidas Judiciais e Controle do Crédito Tributário da Derat/SP”.

Nos extratos da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), do 1º ao 4º trimestres do AC 2004 e de janeiro a dezembro do AC 2005, verifica-se que a empresa não declarou nenhum valor referente à CIDE”.

Considerando que há sentença julgando improcedente a ação de Mandado de Segurança e considerando que os depósitos judiciais são insuficientes, **será constituído integralmente o crédito tributário sem qualquer suspensibilidade**, em Auto de Infração do qual este Termo de Verificação Parcial é parte integrante”.

Devidos os débitos em momento anterior ao do depósito, é devida a multa de mora, reputando-se insuficientes os depósitos judiciais efetuados. Porém, ocorrido o lançamento, com a imposição das penalidades previstas nos arts. 61 e 63 da Lei 9.430/96, após a oferta destes valores à solução jurisdicional – **garantindo-se a extinção daqueles créditos em caso de derrota** -, deve o Fisco levá-los em consideração na apuração e no lançamento de ofício, aplicando-se as respectivas penalidades sobre o saldo devedor, atendida a imputação proporcional prevista na legislação tributária.

No ponto, não se confunde o efeito suspensivo do depósito judicial, o que exige a integralidade dos créditos tributários devidos (Súmula 112 do STJ), e o efeito daqueles depósitos para fins de apuração dos créditos tributários devidos e seu lançamento pelo Fisco, oportunizados os valores para a quitação em caso de insucesso.

Destaque-se jurisprudência considerada pelo Juízo de Primeiro Grau:

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR MEDIDA LIMINAR. POSSIBILIDADE. ART. 151, V, DO CTN. 1. Ausente a violação ao art. 535, do CPC, quando a Corte de Origem expressamente se manifesta a respeito dos artigos de lei invocados. Ademais, o Poder Judiciário não é obrigado a efetuar expresso juízo de valor a respeito de todas as teses levantadas pelas partes, bastando proferir decisão suficientemente e adequadamente fundamentada. 2. **Se houve pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento pelo Fisco de eventuais diferenças de tributos sujeitos ao lançamento por homologação é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN.** Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 111; e EREsp. n. 101.407/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 08.05.2000. 3. **Se não houve pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, desde que não se tenha constatado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, aplicando-se o art. 173, I, do CTN.** Precedente representativo da controvérsia: REsp. n. 973.733 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.8.2009. 4. **Em ambos os casos, não há que se falar em prazo decenal derivado da aplicação conjugada do art. 150, §4º, com o art. 173, I, do CTN.** 5. **O art. 151, V, do CTN, estabelece que suspende a exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar ou tutela antecipada.** 6. **Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.**” (REsp 1033444/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010, grifei).*

*“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROCURADOR CHEFE DA FAZENDA NACIONAL AFASTADA. DEPÓSITO JUDICIAL NESTES AUTOS DE VALORES COMPLEMENTARES, PARA FINS DE SUSPENDER EXIGIBILIDADE DECORRENTE DE INSUFICIÊNCIA DE DEPÓSITO EM ANTERIOR AÇÃO CAUTELAR VINCULADA A AÇÃO ORDINÁRIA, EM AMANDAMENTO. DECADÊNCIA RECONHECIDA ANTE A AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO DO VALOR INTEGRAL, DENTRO DO PRAZO QUINQUENAL. APELAÇÃO PROVIDA. I. **Em mandado de segurança cujo escopo seja impedir a inscrição de débitos em dívida ativa e o ajuizamento de ação executiva, o Procurador-Chefe da Fazenda Nacional afigura-se como parte legítima na condição de autoridade competente para cumprir eventual decisão judicial.** Precedentes do STJ. II. **A realização do depósito integral do débito nos autos da ação ajuizada com vista à discussão da legalidade da exação constitui o crédito tributário nos limites do valor depositado e suspende a sua exigibilidade, consoante disposto no artigo 151, inciso II, do CTN, bem como dispensa a autoridade fazendária da formalização do débito.** III. **Por sua vez, verificado que o recolhimento do tributo foi efetuado a menor, deve a autoridade fazendária realizar, de ofício, o lançamento das diferenças apuradas, no prazo decadencial de cinco anos, a contar da consumação da hipótese de incidência do tributo, conforme estabelecido pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.** Precedentes do STJ. IV. **Realizados os depósitos em 30.01.1992, 20.02.1992, 20.03.1992 e 15.04.1992 (fls. 34/37), cabia à fazenda apurar a sua integralidade, do que decorreria a suspensão ou não da exigibilidade do crédito, bem como efetuar o lançamento de eventuais diferenças apuradas dentro do prazo fixado pelo artigo 150, § 4º, do CTN.** V. **Somente em 2005 (fls. 117/119) foi verificada a insuficiência dos valores depositados e intimado administrativamente o contribuinte para realização do pagamento, após o decurso do prazo quinquenal.** Dessarte, reconhecida a decadência do direito da União. VI. **Apelação provida.**” (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 304154 - 0006511-52.2005.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 11/12/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/05/2015 – grifei)*

Insistentes as razões de apelo, devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais, nesta Instância; assim, para a sucumbência neste apelo fixo honorários de 1% incidentes sobre a honorária já imposta, conforme artigo 85, § 11, do CPC/15. Precedentes: ARE 991570 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 07/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2018 PUBLIC 17-05-2018 - ARE 1033198 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018 - ARE 1091402 ED-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 04-05-2018 PUBLIC 07-05-2018.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL INSUFICIENTE. O LANÇAMENTO DE OFÍCIO EM MOMENTO POSTERIOR DEVE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO OS VALORES OFERTADOS EM JUÍZO NA APURAÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DEVIDOS, ESTANDO TAIS VALORES SUJEITOS À QUITAÇÃO DAQUELES CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DISCUTIDOS JUDICIALMENTE EM CASO DE INSUCESSO DO CONTRIBUINTE. O EFEITO NÃO SE CONFUNDE COM A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAQUELES CRÉDITOS, QUE EXIGE A INTEGRALIDADE. RECURSO DESPROVIDO, COM A MAJORAÇÃO DA HONORÁRIA DEVIDA.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0011255-26.2015.4.03.6105

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

APELANTE: ALBERTO SERAFIM

Advogado do(a) APELANTE: EDILENE DIAS SERAPHIM - SP214497-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0011255-26.2015.4.03.6105

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

APELANTE: ALBERTO SERAFIM

Advogado do(a) APELANTE: EDILENE DIAS SERAPHIM - SP214497-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **apelação** interposta por Alberto Seraphim contra sentença proferida nos **embargos à execução** fiscal nº 0015324-43.2011.4.03.6105 ajuizada pela **União Federal** para a cobrança de imposto de renda referente ao exercício de 2007, objeto da CDA nº 80 1 11 028660-90, no valor de R\$ 38.949,45 (26.09.2011).

Defende o embargante, em sua inicial, que não foi notificada para esclarecer supostos equívocos constantes da DCTF.

Indica que houve falha em sua declaração quanto a rendimentos recebidos de Supermix Concreto S/A e Taquaral Entretenimentos S/A, que totalizam R\$ 10.329,95, sendo esse o valor correto omitido.

Relativamente a rendimentos recebidos de Comercial Automotiva S/A, afirma que não houve a omissão de R\$ 18.727,73, mas de R\$ 7.509,66. Afirma que isso se deu em razão de ser casado e comunhão de bens e esses rendimentos, recebidos a título de aluguel, foram informados na declaração de sua esposa, no valor de R\$ 11.219,07, o que aduz ser perfeitamente possível nos termos da legislação do imposto de renda.

Impugna, portanto, a omissão de rendimentos no valor de R\$ 29.055,68, reconhecendo a omissão no valor de R\$ 17.839,61.

Por outro lado, sustenta que lhe é cobrado o valor de R\$ 2.662,13, a título de imposto de renda retido na fonte, pois não teria havido o recolhimento por parte da empresa Engemix S/A e, nesse sentido, anexa informe de rendimentos encaminhado pela empresa informando tal recolhimento, bem como requer sua intimação.

Afirma, ademais, que a exequente realizou glosa de todas as deduções de rendimentos tributáveis realizadas pelo embargante, no total de R\$ 17.195,86, todas indevidas. Requereu a intimação dos prestadores dos serviços dedutíveis.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 41.725,68. Juntou documentos (fls. 11/25).

Às fls. 27/34, peticionou o embargante juntando novos documentos.

Os embargos foram recebidos com efeito suspensivo (fl. 59).

A União apresentou impugnação (fls. 60/ 62), em que alega que o contribuinte foi intimado no endereço informado à Receita Federal e não apresentou impugnação, bem como que a apuração do imposto devido foi regular. Acostou documentos (63/66).

O embargante apresentou manifestação (fls. 70/83), em que reitera suas alegações.

Em decisão de fl. 86 o magistrado *a quo* determinou esclarecimento por parte da União acerca da diversidade de endereços apontada, bem como a juntada de cópia do processo administrativo fiscal nº 10830.604437/2011-69.

À fl. 87, a União esclareceu que a intimação ao embargante foi encaminhada em 06.10.2010, ao endereço informado pelo contribuinte e somente alterado por declaração de 12.05.2011. Juntou cópia do processo administrativo fiscal (fls. 89/

Sobreveio **sentença** que julgou **improcedentes** os embargos, mantendo a constrição realizada nos autos da execução fiscal.

Considerou que a intimação no procedimento administrativo fiscal, em 06.10.2010, foi feita no endereço informado pelo contribuinte em sua declaração de 07.05.2008, somente alterada na declaração entregue em 12.05.2011 e, portanto, válida. Ademais, os esclarecimentos apresentados pelo embargante a respeito das inconsistências em sua DCTF de 2007 foram intempestivos.

Consignou a presunção de certeza e liquidez da CDA, que somente pode ser ilidida por prova inequívoca do contribuinte, não tendo sido demonstrada a inexistência da obrigação tributária ou incorreção dos cálculos, tendo sido os documentos apresentados nos autos, também levados à conhecimento na esfera administrativa.

Condenou o embargante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa (art. 95, § 3º, CPC).

Opostos **embargos de declaração** (fls. 200/204) e apresentada resposta fazendária, foram rejeitados (fls. 211/213).

Inconformado, **apela** o embargante (fls. 216/

Aduz que não foi dado o devido valor à prova documental produzida, mais especificamente, à declaração retificadora de IR e DIRRF da fonte pagadora, bem como a necessidade de dilação probatória em relação às despesas médicas e odontológicas.

Nesse sentido, afirma que foi juntado documento às fls. 27/34, em que requereu a intimação da empresa Engemix S/A para apresentação de comprovantes de recolhimento do imposto de renda retido na fonte no ano de 2006, apontado na CDA como não recolhido e trouxe resposta de sua notificação da empresa a esse respeito, que alega deixar clara que a declaração apresentada pelo recorrente foi elaborada de forma equivocada em razão do declarado pela empresa Engemix.

Em sua inicial, argumentou a omissão de rendimentos, que reconhece no valor de no valor de R\$ 17.839,61, o que foi modificado com a declaração retificadora da fonte pagadora apresentada em seu aditamento, não reconhecida na sentença. Afirma que a Receita Federal não procedeu o s levantamentos necessários e desconsiderou a declaração retificadora da Engemix.

Defende que não houve qualquer prejuízo ao Fisco.

Aduz, ademais, que houve glosa indevida das deduções dos rendimentos tributáveis declarados pelo recorrente, conforme documentação apresentada.

Sustenta a violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois não houve dilação probatória. Ressalta, ademais, que o recurso administrativo foi indeferido unicamente em razão de sua extemporaneidade.

Argui a ausência de certeza e liquidez da CDA.

Requer seja provido o recurso reconhecendo-se que não houve omissão de rendimentos, seja julgada improcedente a condenação referente ao não recolhimento na fonte do imposto de renda no valor de R\$ 2.662,13 e sejam consideradas como despesas dedutíveis dos rendimentos tributáveis o valor de R\$ 16.621,64.

Alternativamente, requer o reconhecimento do cerceamento de defesa, determinando o retorno dos autos à origem, com o deferimento da produção de prova testemunhal e documental.

A União apresentou contrarrazões (fls. 240/242).

Empetição (id 142157321) o recorrente requer a atribuição de efeito suspensivo ao apelo.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011255-26.2015.4.03.6105

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

APELANTE: ALBERTO SERAFIM

Advogado do(a) APELANTE: EDILENE DIAS SERAPHIM - SP214497-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Em que pese o recurso administrativo do embargante ter sido apresentado extemporaneamente na via administrativa, no caso concreto, ante as provas documentais apresentadas pelo recorrente, é inafastável sua apreciação jurisdicional. Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Regional:

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA NA VIA ADMINISTRATIVA DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DAS DEDUÇÕES LANÇADAS EM DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. CABE À ADMINISTRAÇÃO PROCEDER AS DILIGÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO CORRETO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, DA VERDADE MATERIAL E DA RAZOABILIDADE LANÇAMENTOS SUPLEMENTARES. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1 - O controle jurisdicional pode incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração, cabendo ao Poder Judiciário verificar a regularidade de atos normativos em relação à finalidade, às causas e aos seus motivos.

2 - Deve ser afastada a preliminar arguida pela União, pois é legítima a verificação de regularidade de ato administrativo pelo Poder Judiciário em respeito aos princípios da ampla defesa e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

3 - 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.

4 - Em que pese os documentos exigidos pelo Fisco terem sido apresentados na via administrativa fora do prazo estabelecido, sempre que possível deve ser buscada a verdade material relativa à situação fiscal do contribuinte, ainda que a retificação do erro formal ocorra após o prazo legal, não podendo tal situação servir de obstáculo a correção do valor para o de fato devido, conforme arts. 147 e 149 do CTN, cabendo ao Fisco, inclusive, corrigir de ofício eventuais incorreções nas declarações entregues pelos contribuintes. 5 - Consta nos autos que o autor foi notificado pelo Fisco para comprovar as deduções lançadas em suas declarações de imposto de renda relativas aos períodos de 2012, 2014 e 2015. Considerando que os documentos foram apresentados fora do prazo estipulado, o Fisco não analisou a documentação, considerou as deduções indevidas e procedeu ao lançamento tributário com os respectivos consectários legais.

5 - Não obstante o contribuinte ter apresentado a documentação intempestivamente, não pode um erro formal se sobrepor à verdade material, devendo, nestes casos, a autoridade administrativa rever de ofício, o lançamento tributário.

6 - Recurso de apelação desprovido.

O embargante reconhece inicialmente que houve omissão de receitas, porém em montante inferior ao valor cobrado, R\$ 29.055,68. Afirma que o valor correto seria de R\$ 17.839,61.

Aduz que parte dos rendimentos auferidos, referentes a alugueis, no valor de R\$11.219,07, foi declarada por sua esposa, com quem é casado em comunhão universal de bens.

O argumento, todavia, não merece acolhida, uma vez que sequer foi apresentado contrato de locação para demonstração rendimentos declarados e quem, de fato, consta como locador.

Diversamente, quanto ao valor de R\$ 2.662,13, que o embargante declarou como retido pela empresa Engemix S.A., verifica-se que à fl. 17, do comprovante de rendimentos fornecido pela pessoa jurídica, que, de fato o valor foi retido e consta do campo "Rendimentos Tributáveis, Deduções e Imposto Retido na Fonte", nº "05".

O embargante apresentou documento em que se afirma que a Engemix S/A retificou sua declaração de rendimentos do exercício 2007, consignando que o rendimento tributável do Sr. Alberto Seraphim foi alterado de R\$ 28.112,60 para R\$ 9.307,16, e o imposto retido, de R\$ 2.662,13, para zero e juntou novo comprovante de rendimentos com as alterações efetuadas (fls. 132/134).

Aparentemente a posterior retificação da declaração de rendimentos da empresa Engemix ocasionou a percepção de retenção indevida pelo recorrente de R\$ 2.662,13, o que deve ser aclarado pela Receita, que dispõe dessas informações. Fato é, que o embargante/declarante, no ano de 2007 apresentou sua declaração conforme o comprovante de rendimentos que lhe foi fornecido pela fonte pagadora, não podendo ser penalizado por esse motivo.

Relativamente às deduções referentes às despesas médicas, no valor de R\$ 6.750,00, foram comprovadas pelos recibos apresentados (id 139824200, pags. 20/27), ematendimento ao 80, III, do Decreto nº 3.000/99, assim como a despesa de R\$ 50,00, com radiografia panorâmica, conforme recibo (id 139824200, pag. 30).

Quanto ao valor de R\$ 10.200,00, referente a plano de saúde, a declaração constante dos autos, informa que a Sra. Maria Helena Dias Seraphim recolheu, no período de janeiro a agosto de 2006 o valor de R\$ 6.395,06 para a manutenção de plano de saúde contratado com a Unimed Paulista.

Informou, ainda, que recolheu ao Access Administração e Serviços Ltda., quantia referente à manutenção de sua adesão a plano de saúde, no total, de R\$ 3.506,48, especificando o valor de R\$ 1.753,24 para a Sra. Maria Helena e o mesmo valor para seu cônjuge, Alberto Seraphim

Portanto, quanto às despesas efetuadas com plano de saúde, cabe a dedução ao embargante apenas das despesas em que efetivamente e comprovadamente incorreu, ou seja R\$ 1.753,24, inclusive porque não há notícia de que sua esposa conste como sua dependente na declaração de imposto de renda.

Nesse sentido

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA – CONTRIBUINTE CASADO – GLOSA DE DESPESAS MÉDICAS COM COMPANHEIRA: NECESSIDADE DE PROVA DA SEPARAÇÃO DE FATO – GLOSA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA ACORDADA EXTRAJUDICIALMENTE: IMPOSSIBILIDADE.

1. *É possível a dedução de despesas médicas havidas com companheira da base de cálculo do imposto de renda, desde que esta conste da declaração de rendimentos do contribuinte na condição de dependente. Entretanto, no caso de o contribuinte ser casado, o reconhecimento da união estável está condicionada à prova da separação de fato ou judicial (artigo 1.723, § 1º, do Código Civil).*

2. *No caso concreto, as glosas das deduções relativas a despesas médicas havidas com a companheira são impertinentes.*

3. *As deduções relativas à pensão alimentícia, acordada extrajudicialmente, não subsistem (artigo 4º, inciso II, da Lei Federal n.º 9.250/95).*

4. *A glosa dessa despesa é regular, portanto.*

5. *Apelações desprovidas.*

(TRF 3ª Região, Sexta Turma TURMA, Ap - TRF 3ª Região, Quarta Turma TURMA, ApCiv 5006144-23.2018.4.03.6120 - -, Rel. Juíza Federal Convocada Leila Paiva Morrison; julgado em 21/0e/2020, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/02/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. IRPF. DECRETO 3.000/99. LEI 9.250/93. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS DEDUÇÕES. POSSIBILIDADE. DEDUÇÕES RELATIVAS A DESPESAS MÉDICAS E ESCOLARES. REGULARIDADE. PENSÃO ALIMENTÍCIA. DESPESA NÃO COMPROVADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- *Com efeito, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade, sendo condição sine qua non para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).*

- *Nos moldes do estabelecido pelo caput do art. 73, do Decreto n.º 3000/99 (RIR/1999), todas as deduções estão sujeitas a comprovação ou justificação, a juízo da autoridade lançadora.*

- *Nesse diapasão, oportuna se faz a transcrição dos seguintes dispositivos da Lei n.º 9.250/95, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas físicas.*

- *Assim, pode a autoridade competente exigir a comprovação das deduções mencionadas no art. 8º, II, tal como fez (fls. 187/189 e 194/197).*

- *De fato o acervo probatório colacionado aos autos é frágil, não sendo hábil a comprovação de todas as alegações do agravante.*

- No entanto, é possível verificar que tanto no pedido de homologação da separação consensual (fls. 75/78) como no pedido de conversão da separação em divórcio (fls. 49/51), ficou acordado entre os pais dos menores Thais de Oliveira Castro e Matheus de Oliveira Castro que o cônjuge varão se responsabilizaria pela assistência médica dos filhos podendo inclusive incluí-los como dependentes no plano de saúde.

- Tal acordo foi homologado em 22/12/1998.

- Desse modo, não são irregulares as deduções relativas às despesas médicas com os dependentes, vez que os extratos de fls. 152/154 comprovam os pagamentos que foram realizados à Unimed Regional Jau Coop. Trab. Médico.

- No que tange as despesas escolares realizadas em relação ao filho Matheus de Oliveira Castro (fls. 148/150), em análise perfunctória, verifico que estas também devem ser deduzidas pelo agravante já que, conforme consta dos autos da Ação de Conversão em Divórcio, ele possui a guarda do filho desde Dezembro/2004.

- Situação diversa é a relativa ao pagamento de pensão alimentícia, já que não foram juntados aos autos extratos de contas, recibos, ou declaração de imposto de renda pessoa física de quem recebe tal pensão.

- Recurso parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, Quarta Turma, AI 0029910-62.2014.4.03.0000- TRF 3ª Região, Quarta Turma - -, Rel. Desembargadora Federal Mônica Nobre; julgado em 03/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 19/02/2016)

Dessa forma, o feito merece parcial provimento para que se proceda à revisão dos lançamentos impugnados, na forma explicitada.

Prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Pelo exposto, dou **parcial provimento** à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPF. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA NA VIA ADMINISTRATIVA DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DAS DEDUÇÕES LANÇADAS EM DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Em que pese o recurso administrativo do embargante ter sido apresentado extemporaneamente na via administrativa, é inafastável sua apreciação jurisdicional ante as provas documentais apresentadas pelo recorrente. Precedente desta Corte Regional.

2. O embargante reconhece inicialmente que houve omissão de receitas, porém em montante inferior ao valor cobrado. Aduz que parte dos rendimentos auferidos, referentes a aluguéis, no valor de R\$11.219,07, foi declarada por sua esposa, com quem é casado em comunhão universal de bens, todavia, não apresentou contrato de locação para demonstração rendimentos declarados e quem, de fato, consta como locador.

3. Diversamente, quanto ao valor de R\$ 2.662,13, que o embargante declarou como retido pela empresa Engemix S.A., verifica-se que à fl. 17, do comprovante de rendimentos fornecido pela pessoa jurídica, que o valor foi retido e consta do campo "Rendimentos Tributáveis, Deduções e Imposto Retido na Fonte", nº "05".

4. O embargante apresentou documento em que se afirma que a Engemix S/A retificou sua declaração de rendimentos do exercício 2007, consignando que o rendimento tributável do Sr. Alberto Seraphim foi alterado de R\$ 28.112,60 para R\$ 9.307,16, e o imposto retido, de R\$ 2.662,13, para zero e juntou novo comprovante de rendimentos com as alterações efetuadas.

5. Aparentemente, a posterior retificação da declaração de rendimentos da empresa Engemix ocasionou a percepção de retenção indevida pelo recorrente de R\$ 2.662,13, o que deve ser aclarado pela Receita, que dispõe dessas informações. Fato é, que o embargante/declarante, no ano de 2007 apresentou sua declaração conforme o comprovante de rendimentos que lhe foi fornecido pela fonte pagadora, não podendo ser penalizado por esse motivo.

6. Relativamente às deduções referentes às despesas médicas, no valor de R\$ 6.750,00, foram comprovadas pelos recibos apresentados, em atendimento ao 80, III, do Decreto nº 3.000/99, assim como a despesa de R\$ 50,00, com radiografia panorâmica.

7. Quanto ao valor de R\$ 10.200,00, referente a plano de saúde, a declaração constante dos autos, informa que a Sra. Maria Helena Dias Seraphim recolheu, no período de janeiro a agosto de 2006 o valor de R\$ 6.395,06 para a manutenção de plano de saúde contratado com a Unimed Paulista.

8. Informou, ainda, que recolheu ao Access Administração e Serviços Ltda., quantia referente à manutenção de sua adesão a plano de saúde, no total, de R\$ 3.506,48, especificando o valor de R\$ 1.753,24 para a Sra. Maria Helena e o mesmo valor para seu cônjuge, Alberto Seraphim.

9. Dessa forma, quanto às despesas efetuadas com plano de saúde, cabe a dedução ao embargante apenas das despesas em que efetivamente e comprovadamente incorreu, ou seja R\$ 1.753,24, inclusive porque não há notícia de que sua esposa conste como sua dependente na declaração de imposto de renda. Precedentes.

10. O feito merece parcial provimento para que se proceda à revisão dos lançamentos impugnados, na forma explicitada.

11. Prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo

12. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003132-52.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: NIVAN DOMINGUES SILVA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003132-52.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: NIVAN DOMINGUES SILVA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação ordinária ajuizada contra a União Federal, destinada a viabilizar o ingresso no processo seletivo de Soldados de Primeira Classe (S1) em curso de formação de Cabos.

A r. sentença julgou o pedido improcedente o pedido de declaração de nulidade. Condenou ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00.

O autor interpôs apelação, alegando que foi habilitado no referido concurso e excluído posteriormente em virtude de recursos realizados pelos demais participantes.

Com contrarrazões, subiram os autos a este e. Tribunal.

A Procuradoria seccional da União em São José dos Campos, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003132-52.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: NIVAN DOMINGUES SILVA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

In casu, pretende o autor sua inclusão na lista de habilitados ao curso de Formação de Cabos na Força Aérea, alega que obteve classificação de nº 65 com 6,094 pontos após a 1ª fase, a qual classificaria 71 candidatos, sendo posteriormente excluído do certame em virtude de recursos administrativos, conforme listagem de classificação dos candidatos habilitados para matrícula (Id. 8271331), onde ainda verifica-se que o candidato habilitado em 71º lugar possui nota final de 6,222.

Da análise dos documentos acostados aos autos, verifica-se que não há qualquer ilegalidade na exclusão do autor à lista de habilitados, cabe a administração após analisar os recursos dos candidatos realizar os devidos acertos e proferir nova listagem com os candidatos efetivamente classificados.

No caso, o autor, classificou-se na 65ª posição, com pontuação média de 6,094, após a análise de recursos administrativos interpostos pelos demais candidatos teve sua posição alterada. Assim, com o provimento de recursos interpostos pelos candidatos, o então ocupante da 59ª posição passou a figurar na 71ª e última posição, com a média de 6,222 pontos, a frente, portanto, do demandante, que restou inabilitado, por estar fora do número de vagas.

Assim vem decidindo esta e. Corte:

E M E N T A CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. SERVIDOR MILITAR. PROCESSO SELETIVO. EXIGÊNCIA PREVISTA EM EDITAL. DESCUMPRIMENTO. ELIMINAÇÃO DO CERTAME. LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. - O art. 142, §3º, X, da Constituição, delimitou o âmbito da reserva absoluta de lei (ou estrita legalidade) e recepcionou vários diplomas normativos, dentre eles a Lei nº 4.375/1964 (Lei do Serviço Militar), a Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), e a Lei nº 6.391/1976 (Lei do Pessoal do Exército), com os correspondentes regulamentos. A solução jurídica do problema posto nos autos deve se dar pelos atos normativos vigentes à época da ocorrência do objeto litigioso, razão pela qual não são aplicáveis as disposições da posterior Lei nº 13.954/2019 (DOU de 17/12/2019). - A Constituição da República, em seu art. 37, caput, preceitua que a administração pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O edital, instrumento convocatório, é a lei do concurso, a qual os candidatos e a administração pública estão vinculados, e tem como objetivo proporcionar a igualdade de condições no certame. Vale dizer, trata-se de segurança para os candidatos e para o interesse público. - No caso, o apelado foi desclassificado do certame para a seleção de Cabo Especialista Temporário, com fundamento no item 14 do art. 11 e no item 13 do art. 14, todos do Aviso de Convocação nº 06. Compulsando os autos e com base nos dispositivos do edital supramencionados, observa-se que o apelado foi eliminado do processo seletivo, notadamente, por não ter apresentado a tempo e modo descritos no edital, as folhas de alterações ou de seus assentamentos militares, nas quais consta seu histórico funcional progressivo no serviço militar ativo. - Convém ressaltar que a carta de referência apresentada pelo candidato é documento diverso daquele requerido pelo certame e não preenche os requisitos do edital. A aludida carta de referência não traz todas as informações da vida funcional progressiva do militar, assim como o fazem as folhas de alterações ou de assentamentos militares, incluindo-se, além de eventuais punições e outros fatos relevantes, as inspeções de saúde e fatos a ela relacionados. Acrescente-se que não há nos autos qualquer comprovação pelo apelado de que suas folhas de alterações ou assentamentos militares foram, de fato, solicitadas perante a organização militar originária, tampouco de que esses documentos seriam posteriormente enviados para as autoridades militares examinadoras. - A parte-apelante colaciona neste feito informação, que não pode ser desconsiderada porque relacionada à questão, de que a incorporação do apelado ao posto de Cabo Especialista Temporário, por força da sentença que concedeu parcialmente a segurança, foi anulada em razão da apuração de doença preexistente. - O próprio apelado, na petição inicial dos autos nº 5008732-92.2020.4.03.6100, afirma que sua doença eclodiu em 2010, ou seja, antes da sua participação no processo seletivo de 2016. - Esse fato evidencia a importância da apresentação das folhas de alterações ou assentamentos militares pelo apelado no processo seletivo a que concorreu em 2016 e, especialmente, o seu intuito de ocultar essas informações das autoridades militares responsáveis pelo concurso. É evidente, assim, que a carta de referência apresentada pelo apelado não supria as informações constantes em suas folhas de alterações ou assentamentos militares, pois dela não constava a preexistência de doença psiquiátrica grave. - Merece ser mantido o ato administrativo que eliminou o candidato, ora apelado, do certame para o posto de Cabo Especialista Temporário, fundamentado nos dispositivos do Aviso de Convocação nº 06/Área Técnica - SMR/2, de 10/10/2016, por descumprimento da exigência de apresentação a tempo e modo descritos no edital das folhas de alterações ou assentamentos militares. - Apelação e remessa necessária providas e medida liminar concedida na sentença cassada.

(APELAÇÃO CÍVEL ..SIGLA_CLASSE: ApCiv 5004658-97.2017.4.03.6100 ..PROCESSO_ANTIGO: ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO:; ..RELATORC:; TRF3 - 2ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/10/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:;)

Ante ao exposto, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. HABILITAÇÃO FORAS VAGAS. RECURSO IMPROVIDO.

1. *In casu*, pretende o autor sua inclusão na lista de habilitados ao curso de Formação de Cabos na Força Aérea, alega que obteve classificação de nº 65 com 6,094 pontos após a 1º fase, a qual classificaria 71 candidatos, sendo posteriormente excluído do certame em virtude de recursos administrativos, conforme listagem de classificação dos candidatos habilitados para matrícula (Id. 8271331), onde ainda verifica-se que o candidato habilitado em 71º lugar possui 2. Da análise dos documentos acostados aos autos, verifica-se que não há qualquer ilegalidade na exclusão do autor à lista de habilitados, cabe a administração após analisar os recursos dos candidatos realizar os devidos acertos e proferir nova listagem com os candidatos efetivamente classificados.

3. No caso, o autor, classificou-se na 65ª posição, com pontuação média de 6,094, após a análise de recursos administrativos interpostos pelos demais candidatos teve sua posição alterada. Assim, com o provimento de recursos interpostos pelos candidatos, o então ocupante da 59ª posição passou a figurar na 71ª e última posição, com a média de 6,222 pontos, a frente, portanto, do demandante, que restou inabilitado, por estar fora do número de vagas.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 0013824-81.2007.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: BERNARDO FERNANDES BALTAZAR DE OLIVEIRA, GILNAR EVANDRA FERNANDES BALTAZAR DE OLIVEIRA, EVANDRO FERNANDES, FRANCISCO TAVARES DE OLIVEIRA

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogados do(a) APELADO: UGO MARIA SUPINO - SP233948-A, ARNOR SERAFIM JUNIOR - SP79797-A, RENATO VIDAL DE LIMA - SP235460-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0013824-81.2007.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: BERNARDO FERNANDES BALTAZAR DE OLIVEIRA, GILNAR EVANDRA FERNANDES BALTAZAR DE OLIVEIRA, EVANDRO FERNANDES, FRANCISCO TAVARES DE OLIVEIRA

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogados do(a) APELADO: UGO MARIA SUPINO - SP233948-A, ARNOR SERAFIM JUNIOR - SP79797-A, RENATO VIDAL DE LIMA - SP235460-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação monitoria, ajuizada pela Caixa Econômica Federal contra Bernardo Fernandes Baltazar de Oliveira, objetivando o recebimento de créditos decorrentes do FIES.

A r. sentença extinguiu o processo sem julgamento do mérito em relação à corré Sra. Gilnar Evandra Fernandes Baltazar de Almeida, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil e acolheu parcialmente os embargos à ação monitoria para determinar a redução dos juros remuneratórios para 3,5% entre o período de 14 de janeiro de 2010 e 10 de março de 2010, e 3,4%, após 11 de março de 2010, afastada a capitalização. Condenando ainda o réu ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

A Defensoria Pública da União apresentou apelação alegando devida a condenação em honorários advocatícios a seu favor.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0013824-81.2007.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: BERNARDO FERNANDES BALTAZAR DE OLIVEIRA, GILNAR EVANDRA FERNANDES BALTAZAR DE OLIVEIRA, EVANDRO FERNANDES, FRANCISCO TAVARES DE OLIVEIRA

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogados do(a) APELADO: UGO MARIA SUPINO - SP233948-A, ARNOR SERAFIM JUNIOR - SP79797-A, RENATO VIDAL DE LIMA - SP235460-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto(Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

A Súmula nº. 421, do Superior Tribunal de Justiça: “*Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença*”.

Tal entendimento foi fixado em precedente vinculante, pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. CÓDIGO CIVIL, ART. 381 (CONFUSÃO). PRESSUPOSTOS.

- 1. Segundo noção clássica do direito das obrigações, ocorre confusão quando uma mesma pessoa reúne as qualidades de credor e devedor.*
- 2. Em tal hipótese, por incompatibilidade lógica e expressa previsão legal extingue-se a obrigação.*
- 3. Com base nessa premissa, a jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.*
- 4. A contrario sensu, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município.*
- 5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC e à Resolução nº 8/2008-STJ.*

O entendimento em sentido diverso, presente na AR 1937, não possui caráter vinculante ou mesmo apresenta-se pacífico na jurisprudência.

Ante ao exposto, **nego provimento à apelação.**

EMENTA

AÇÃO MONITÓRIA. APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESCABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Súmula nº. 421, do Superior Tribunal de Justiça: “*Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença*”.
2. Tal entendimento foi fixado em precedente vinculante, pelo Superior Tribunal de Justiça.
3. O entendimento em sentido diverso, presente na AR 1937, não possui caráter vinculante ou mesmo apresenta-se pacífico na jurisprudência.
4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003511-31.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE

Advogados do(a) APELANTE: GLEICIENE CANDIDO MONTEIRO MAMEDE - MG111406-A, SAMUEL MACARENCO BELOTI - SP123813-A

APELADO: BRUNA GONCALVES MARQUES

Advogado do(a) APELADO: THAIS APARECIDA DA SILVA - SP321700-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003511-31.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE

Advogados do(a) APELANTE: GLEICIENE CANDIDO MONTEIRO MAMEDE - MG111406-A, SAMUEL MACARENCO BELOTI - SP123813-A

APELADO: BRUNA GONCALVES MARQUES

Advogado do(a) APELADO: THAIS APARECIDA DA SILVA - SP321700-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a obtenção de abono de falta na data de 18 de novembro de 2019, em curso ministrado por Instituição de Ensino Superior, com a suspensão da reprovação na disciplina Cultura do Trabalho e das Organizações.

A r. sentença julgou o pedido inicial procedente, sob o fundamento do princípio da razoabilidade, confirmando a liminar concedida. Deixando de condenar aos honorários advocatícios. Custas na forma da lei.

Inconformada a impetrante, apresentou apelação, alegando violação ao princípio da autonomia administrativa da Instituição de Ensino Superior, com a legalidade do ato que não reconheceu o abono.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003511-31.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE

Advogados do(a) APELANTE: GLEICIENE CANDIDO MONTEIRO MAMEDE - MG111406-A, SAMUEL MACARENCO BELOTI - SP123813-A

APELADO: BRUNA GONCALVES MARQUES

Advogado do(a) APELADO: THAIS APARECIDA DA SILVA - SP321700-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1.009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O mandado de segurança é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, cabível somente em casos de afronta a direito líquido e certo, conforme se depreende de seu texto: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger 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*".

A ação mandamental pode ser utilizada em matéria previdenciária, desde que vinculada ao deslinde de questões unicamente de direito ou que possam ser comprovadas exclusivamente por prova documental apresentada de plano pela parte impetrante para a demonstração de seu direito líquido e certo.

Portanto, o direito líquido e certo deve estar plenamente demonstrado por prova pré-constituída, pois a ausência desse requisito torna a vida mandamental inadequada à pretensão.

No caso concreto, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade, uma vez que o *writ* veio instruído com as provas pré-constituídas.

A presente ação foi proposta com o objetivo abonar falta o curso de especialização em Psicologia organizacional e do Trabalho, na disciplina de Cultura do Trabalho e das Organizações, ocorrida em 18/11/2019.

Alega a autora que estava em viagem de férias no período de 07/11/2019 a 17/11/2019, com previsão de retorno em 18/11/2019 às 05:30h, entretanto, seu voo foi cancelado, retornando somente em 19/11/2019 às 05:06h.

A Constituição Federal:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)

A autoridade coatora prestou informações:

"(...)

22. Não é por outra razão que o mencionado Regulamento Acadêmico disponível no site da Impetrada o qual dispõe:

Art. 44 Nos Cursos presenciais e semipresenciais, o discente fica sujeito à frequência de, no mínimo, 75% (setenta e cinco por cento) da carga horária para cada um dos componentes curriculares presenciais para obter aprovação, respeitados os critérios de notas e conceitos.

23. Apesar do atraso no voo ser um evento imprevisto, a Impetrante já constava com faltas na disciplina "Cultura do Trabalho e das Organizações" nas datas de 21 de outubro e 11 de novembro de 2019 (Documento 2).

24. Apenas para lembrar: 4 h/a por dia de atividade, logo 3 x 4 h-a = 12 h/a. Como o componente em questão tem carga horária total de 32 h/a, o percentual de faltas chegou a 37,5%, que supera o máximo de 25%, conforme consta no regulamento da pós-graduação, lato sensu.

25. Como disse em sua peça vestibular, programou suas férias a Miami de modo, a chegar, no mesmo dia de sua última chance a não ser reprovada por frequência, com apenas algumas horas de antecedência, assumindo o risco, em um voo internacional, de que tal possibilidade viesse a ocorrer.

26. Portanto, tendo a Impetrante plena ciência do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Especialização da Universidade Presbiteriana Mackenzie, desde o início de seu curso, no qual consta que não haverá abono de faltas, salvo nas hipóteses legais e em situações previstas pela reitoria, nas quais, viagem a lazer não são uma delas, o aluno poderá impugnar a falta no prazo de 72 (setenta e duas) horas após o registro de ausência, mediante requerimento (Doc. 2):

"(...)"

No caso concreto, a impetrante, ora apelada, pretende a concessão de abono de falta, em decorrência de atraso em voo internacional.

Nos termos das informações prestadas, não há previsão no Regulamento de abono para a hipótese.

O indeferimento do abono é regular.

A jurisprudência desta Corte, em hipótese análoga:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. AUTONOMIA ASSEGURADA (ART. 207/CF, LEI Nº 9.394/96). ABONO DE FALTA EM RAZÃO DE DOENÇA. DECRETO-LEI Nº 1.044/69. REGIME ESPECIAL DE FREQUÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPENSAÇÃO COM EXERCÍCIOS DOMICILIARES COM ACOMPANHAMENTO DA UNIVERSIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. O mandado de segurança é ação de cunho constitucional e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

2. In casu, pretende o impetrante o abono da falta do dia 24/09/2016 por motivo de enfermidade, conforme atestado médico juntado aos autos e, conseqüentemente, a aprovação no módulo “Decisão, Coisa Julga e Medida Desconstitutiva” do curso de especialização em Direito - Processo Civil.

3. O artigo 207, da Constituição Federal, garante às universidades autonomia administrativa. O dever de frequentar regularmente as aulas é imposição destinada a todos os estudantes, nos termos do artigo 47, § 3º, da nº Lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

4. Na hipótese vertente, conforme se verifica das informações da autoridade coatora, o impetrante requereu mero abono da falta do dia 24/09/2016 por motivo de enfermidade, sem que houvesse a compensação com exercícios domiciliares. Informou, ainda, que o impetrante foi reprovado na disciplina porque teve 12 (doze) faltas do limite máximo permitido, de 08 (oito) faltas. Afirmou que o pedido foi indeferido nos termos do Decreto-Lei nº 1.044/69.

5. No que tange à ausência do aluno às aulas em razão de doença, dispõe o Decreto-Lei nº 1.044/69 sobre o Regime Especial de Frequência, do qual não pode o impetrante alegar desconhecimento, que não prevê mero abono de faltas em razão de doença, mas exercícios domiciliares com acompanhamento da universidade, para sua compensação durante o afastamento.

6. A instituição de ensino atuou dentro dos limites de sua autonomia e do que prevê o Decreto-Lei nº 1.044/69, devendo o aluno se adaptar às regras gerais estabelecidas e não a universidade se adaptar às particularidades de cada estudante, razão pela qual não vislumbro a ilegalidade apontada.

7. Recurso de apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000371-76.2017.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/02/2019, Intimação via sistema DATA: 07/02/2019)

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Ante o exposto, **dou provimento à remessa oficial a à apelação.**

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA. ENSINO SUPERIOR. ABONO DE FALTAS. PERDA DE VÔO INTERNACIONAL. AUTONOMIA DIDÁTICO ADMINISTRATIVA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. FALTA DE PREVISÃO NO REGULAMENTO. LEGALIDADE DO INDEFERIMENTO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PROVIDAS.

1. No caso concreto, a impetrante, ora apelada, pretende a concessão de abono de falta, em decorrência de atraso em voo internacional.

2. Nos termos das informações prestadas, não há previsão no Regulamento de abono para a hipótese.

3. O indeferimento do abono é regular. Precedentes.

4. No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à remessa oficial a à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012696-23.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: GREEN LINE SISTEMA DE SAUDE S/A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE FELIPE FOGACALINO - SP234168-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012696-23.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: GREEN LINE SISTEMA DE SAUDE S/A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE FELIPE FOGACALINO - SP234168-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação destinada a afastar o recolhimento da Taxa de Saúde Suplementar.

A.r. sentença julgou o pedido inicial procedente (fls. 144/147, ID 131063745).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ora apelante, sustenta a validade da exigência da taxa, nos termos dos artigos 20, inciso I, da Lei Federal nº 9.961/00, e 3º, da Resolução de Diretoria Colegiada nº 10-ANS.

Aduz a regularidade dos atos normativos editados com fundamento em lei.

Sentença submetida ao necessário reexame.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012696-23.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: GREEN LINE SISTEMA DE SAUDE S/A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE FELIPE FOGACALINO - SP234168-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1.009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

A Lei Federal nº. 9.961/00:

Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:

*I - por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) **pele número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano**, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;*

(...)

§ 1º. Para fins do cálculo do número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, previsto no inciso I deste artigo, não serão incluídos os maiores de sessenta anos.

§ 2º. Para fins do inciso I deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida anualmente e recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro e de acordo com o disposto no regulamento da ANS.

A RDC-ANS nº. 10/00:

Art. 3º. A Taxa de Saúde Suplementar por plano de assistência à saúde será calculada **pela média aritmética do número de usuários no último dia do mês dos 3 (três) meses que antecederem ao mês do recolhimento**, de cada plano de assistência à saúde oferecido pelas operadoras, na forma do Anexo II.

A redação é repetida nas Resoluções RDC-ANS nº. 7/02 e 89/05.

A Taxa de Saúde Suplementar é tributo devido em decorrência do poder de polícia exercido pela ANS.

Portanto, sujeita-se ao princípio da legalidade, nos termos dos artigos 150, da Constituição Federal e 97, inciso III, do Código Tributário Nacional.

A Resolução RDC-ANS nº. 10/00 e subsequentes, ao fixarem elementos da hipótese de incidência tributária, foram além do fundamento legal.

A exigência da taxa é **irregular**.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BASE DE CÁLCULO DETERMINADA PELO ART. 3º DA RESOLUÇÃO RDC N. 10/2000. ILEGALIDADE.

1. Conforme jurisprudência pacífica do STJ, é ilegal a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar (art. 20, I, da Lei 9.961/2000), tendo em vista que a definição de sua base de cálculo pelo art. 3º da Resolução RDC 10/2000 implica desrespeito ao princípio da legalidade (art. 97, IV, do CTN).

2. Recurso Especial não provido.

(REsp 1671152/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 12/09/2017).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BASE DE CÁLCULO DETERMINADA PELO ART. 3º DA RESOLUÇÃO RDC N. 10/2000. VIOLAÇÃO AO ART. 97 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA N. 83/STJ. INCIDÊNCIA.

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 no julgamento do Agravo Interno.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é inexigível a Taxa de Saúde Suplementar, prevista no art. 20, I, Lei n. 9.961/2000, porquanto sua base de cálculo foi determinada pelo art. 3º da Resolução RDC 10/2000, em contrariedade ao princípio da legalidade estrita (art. 97 do CTN).

III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea 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 dessa Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

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

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1276788/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. INEXIGIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante assentado pela 1a. Turma do STJ, o art. 3º da Resolução RDC 10/00 acabou por estabelecer a própria base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar-TSS, prevista no art. 20, inciso I da Lei 9.961/2000, de forma que não se pode aceitar a fixação de base de cálculo por outro instrumento normativo que não a lei em seu sentido formal, razão por que inválida a previsão contida no referido art. 3º, por afronta ao disposto no art. 97, IV do CTN (AgRg no REsp. 1.231.080/RJ, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 31.8.2015).

2. Não merece, pois, acolhimento a pretensão da agravante, porquanto o julgado combatido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte.

3. Agravo Regimental da ANS desprovido.

(AgRg no AREsp 763.855/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 03/03/2016).

TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - TSS. BASE DE CÁLCULO EFETIVAMENTE DEFINIDA NA RESOLUÇÃO RDC N. 10. VIOLAÇÃO DO ART. 97, I E IV, DO CTN. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. Consoante precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção, a Taxa de Saúde Suplementar - TSS, prevista no art. 20, inciso I, da Lei n. 9.961/2000, é inexigível, em decorrência da ofensa ao princípio da legalidade estrita, visto que sua base de cálculo somente fora definida pelo art. 3º da Resolução nº 10 da Diretoria Colegiada da ANS. Aplicação da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1503785/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015).

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, os honorários advocatícios, por ocasião da liquidação, deverão ser acrescidos de percentual de 1% (um por cento).

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação e ao reexame necessário.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO - TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - LEI FEDERAL Nº. 9.961/00 - RESOLUÇÃO RDC-ANS 10/00: INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1- A Taxa de Saúde Suplementar é tributo devido em decorrência do poder de polícia exercido pela ANS. Portanto, sujeita-se ao princípio da legalidade, nos termos dos artigos 150, da Constituição Federal e 97, inciso III, do Código Tributário Nacional.

2- A Resolução RDC-ANS nº. 10/00 e subsequentes, ao fixarem elementos da hipótese de incidência tributária, foram além do fundamento legal. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3- Apelação e reexame necessário improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004704-06.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MAURICIO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: DAVE LIMA PRADA - SP174235-A

APELADO: SOCIEDADE VISCONDE DE S LEOPOLDO, REITOR DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS - UNISANTOS

Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO MACHADO DE LUCA DE OLIVEIRA RIBEIRO - SP97557-A

Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO MACHADO DE LUCA DE OLIVEIRA RIBEIRO - SP97557-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004704-06.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MAURICIO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: DAVE LIMA PRADA - SP174235-A

APELADO: SOCIEDADE VISCONDE DE S LEOPOLDO, REITOR DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS - UNISANTOS

Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO MACHADO DE LUCA DE OLIVEIRA RIBEIRO - SP97557-A

Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO MACHADO DE LUCA DE OLIVEIRA RIBEIRO - SP97557-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Mauricio Dos Santos contra ato do Reitor da Universidade Católica de Santos/SP, que indeferiu pedido de matrícula destinado a viabilizar a expedição de diploma de curso superior.

A r. sentença denegou a segurança, sob o fundamento de a Universidade ter autonomia para extinguir o curso frequentado pelo impetrante, bem como não ter ele cumprido integralmente a grade curricular.

Nas razões de apelação, o impetrante, ora apelante, aponta a ausência de notificação da extinção do curso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5004704-06.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MAURICIO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: DAVE LIMA PRADA - SP174235-A

APELADO: SOCIEDADE VISCONDE DE S LEOPOLDO, REITOR DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS - UNISANTOS

Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO MACHADO DE LUCA DE OLIVEIRA RIBEIRO - SP97557-A

Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO MACHADO DE LUCA DE OLIVEIRA RIBEIRO - SP97557-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O mandado de segurança é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, cabível somente em casos de afronta a direito líquido e certo.

No caso concreto, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade, uma vez que o *writ* veio instruído com as provas pré-constituídas.

Prevê ainda o referido artigo da Constituição Federal:

Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes.

No caso concreto, o apelante teve negado o diploma de conclusão do curso de Gestão de Terminais, em decorrência de sua extinção.

Todavia, o encerramento do curso não foi notificado ao apelante, em ofensa ao princípio do contraditório, garantido, inclusive, na via administrativa.

A jurisprudência, em hipóteses análogas:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA EM CURSO SUPERIOR. REINGRESSO NO CURSO. CURSO EM EXTINÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VIOLAÇÃO AO ART. QUINTO, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. INDEPENDENTEMENTE DO PEDIDO QUE SE FAÇA, SEJA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL, QUANDO SE ENVOLVEREM DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO CIDADÃO, HÁ SEMPRE QUE SER OBSERVADO O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA, MEDIANTE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRATANDO-SE DE JUBILAMENTO OU OUTRO TIPO DE INDEFERIMENTO DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA, EM ENSINO SUPERIOR, DE ALUNO QUE ENCONTRAVA-SE AUSENTE À UNIVERSIDADE, CONSTITUI ATO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO, QUE DEVERÁ SER PRECEDIDO DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 3. APELAÇÃO PROVIDA.

(AMS - Apelação em Mandado de Segurança - 56750 96.05.27164-8, Desembargador Federal Araken Mariz, TRF5 - Segunda Turma, DJ - Data.: 13/06/1997 - Página.: 43681.)

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PERSEGUIÇÃO. COMISSÃO DE INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. RENOVAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

1. *Caso em que, o mandado de segurança acoima de ilegal o indeferimento de rematricula, após instauração de procedimento disciplinar.*
2. *Dispõe o artigo 5º da Constituição Federal, inciso LV, que "aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes". Por sua vez, semelhantemente, a Lei nº 9.784/99, que rege o processo administrativo, prescreve os direitos dos administrados, tais como a ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, a vista dos autos, a obtenção de documentos nele contidos, o conhecimento das decisões proferidas, a apresentação de alegações e de documentos, assim como o direito à assistência, se julgar necessário, por advogado, a exceção dos casos em que a representação é legalmente obrigatória.*
3. *Se constituída Comissão Especial de Inquérito para avaliar não só as queixas da aluna, mas, especialmente, a sua conduta, considerada agressiva, deveria ser-lhe dada oportunidade de defesa, antes do indeferimento do seu requerimento de matrícula.*
4. *Se não precedido de oportunidade de defesa, o ato deixa de cumprir as exigências legais, não podendo, pois, vingar em detrimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais devem prevalecer não só no âmbito judicial, como também no âmbito administrativo.*
5. *Reforma da sentença, com a determinação de que seja renovado o processo administrativo, com a observância do devido processo legal. Nesse interim, por ilegalidade do ato, resta garantido à apelante o direito de renovação de matrícula até que outra decisão legalmente tomada seja proferida.*
6. *Apelação provida.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 320347 - 0001941-66.2009.4.03.6105, Rel. JUIZ FEDERAL CONVOCADO CLAUDIO SANTOS, julgado em 22/03/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/03/2012).

Não são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Ante ao exposto, **dou provimento à apelação do autor** para conceder a segurança pleiteada.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. EXTINÇÃO DE CURSO DE ENSINO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO VIOLADO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. No caso concreto, o apelante teve negado o diploma de conclusão do curso de Gestão de Terminais, em decorrência de sua extinção.
2. Todavia, o encerramento do curso não foi notificado ao apelante, em ofensa ao princípio do contraditório, garantido, inclusive, na via administrativa. Precedentes.
3. Não são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.
4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação do autor para conceder a segurança pleiteada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002505-97.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: SOFAPE FABRICANTE DE FILTROS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO FIGUEIREDO SILVA - SP265367-A, JULIANA BURKHART RIVERO - SP173205-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002505-97.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: SOFAPE FABRICANTE DE FILTROS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO FIGUEIREDO SILVA - SP265367-A, JULIANA BURKHART RIVERO - SP173205-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de mandado de segurança destinado a excluir a correção monetária de aplicações financeiras da base de cálculo do IRPJ e da CSLL e assegurar a compensação do indébito.

A r. sentença (ID 3726648) julgou o pedido inicial improcedente.

Apelação da impetrante (ID 3726658), na qual requer a reforma da r. sentença. Argumenta com a inexistência de acréscimo patrimonial a configurar o fato gerador.

Contrarrazões (ID 3726662).

Manifestação da Procuradoria Regional da República (ID 5371936).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002505-97.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: SOFAPE FABRICANTE DE FILTROS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO FIGUEIREDO SILVA - SP265367-A, JULIANA BURKHART RIVERO - SP173205-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

A transição do modelo de indexação, de 1.977, para o regime da Lei Federal nº 9.249, de 1.995, está bem demarcada na Exposição de Motivos subscrita pelo então Ministro da Fazenda Pedro Malan, quando sugeriu, ao Presidente da República, o encaminhamento do projeto que resultou na mudança de regime.

Registrou o então Ministro da Fazenda:

"2. A reforma objetiva simplificar a apuração do imposto, reduzindo as vias de planejamento fiscal, uniformizar o tratamento tributário dos diversos tipos de renda, integrando a tributação das pessoas e jurídicas, ampliar o campo de incidência do tributo, com vistas a alcançar os rendimentos auferidos no exterior por contribuintes estabelecidos no País e, finalmente, articular a tributação das empresas com o Plano de Estabilização Econômica.

3. Nesse sentido, a proposição extingue os efeitos da correção monetária das demonstrações financeiras - inclusive para fins societários -, combinando a medida com expressiva redução de alíquotas (arts. 1º ao 5º).

4. A alíquota do imposto de renda que a legislação em vigor é de 25%, foi reduzida para 15%. Já o adicional do imposto, a ser pago sobre o lucro anual que exceder a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta e mil reais), teve suas alíquotas uniformizadas em 10% e foi ampliado para alcançar também o lucro presumido.

5. Os elevados índices de inflação exigiram a criação de poderosos instrumentos de indexação que, com o Plano Real e a estabilização da economia, estão sendo gradualmente eliminados.

6. O processo de desregulamento da indexação de salários está em curso e da mesma forma com relação aos demais preços da economia, como por exemplo preços públicos, juros e câmbio. Restam, entretanto, ativos indexados, de que são exemplo o patrimônio das empresas e os créditos de natureza tributária.

7. A extinção da correção monetária do balanço simplifica consideravelmente a apuração da base tributável e reduz a possibilidade de planejamento fiscais.

8. A proposta de reformulação do IRPJ, nesse passo, constitui o complemento necessário e esperado do processo de desregulamentação da indexação da economia. Representa, ademais, importante reforço à consolidação do Plano Real.

9. Ainda no âmbito da simplificação, a proposta a base tributável, vedando a dedução de despesas passíveis de manipulação, geralmente relacionadas com "fringe benefits", que beneficiam de forma especial os grandes contribuintes, dotados de sofisticada infraestrutura contábil-tributária, tornando mais precisa a regra geral de ineditutibilidade em vigor, cujos critérios, por serem excessivamente subjetivos, ensejam interpretações conflitantes e prestam-se a práticas abusivas, tendentes a reduzir a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro (art. 13). No mesmo sentido, a regra do art. 14 revoga o benefício instituído em favor das empresas que exploram atividade monopolizada.

10. Com vistas a equiparar a tributação dos diversos tipos de rendimentos do capital, o Projeto introduz a possibilidade de remuneração do capital próprio investido na atividade produtiva, permitindo a dedução dos juros pagos aos acionista, até o limite da variação da Taxa de Juros de Longo prazo - TJLP; compatibiliza as alíquotas aplicáveis aos rendimentos provenientes de capital de risco àquelas pela qual são tributados os rendimentos do mercado financeiro; desonera os dividendos; caminha na direção da equalização do tratamento tributário do capital nacional e estrangeiro; e revoga antiga isenção do imposto de renda incidente sobre a remessa de juros para o exterior, prevista no Decreto-Lei nº 1.215, de 1972 (arts. 9º a 12, § 2º do art. 13, art. 28, e inciso I do art. 32), a fim de que não ocorra qualquer desarmonia no tratamento tributário que se pretende atingir. Igualando-se, para esse fim, o aplicador nacional e estrangeiro.

11. A permissão de dedução de juros pagos ao acionista, até o limite proposto, em especial, deverá provocar um incremento das aplicações produtivas nas empresas brasileiras capacitando-as a elevar nível de investimentos, sem endividamento, com evidentes vantagens no que se refere à geração de empregos e ao crescimento sustentado da economia. Objetivo a ser atingido mediante a adoção de política tributária moderna e compatível com aquela praticada pelos demais países emergentes, que competem com o Brasil na capacitação de recursos internacionais para investimento.

12. Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-se quando do recebimento pelos beneficiários. Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas".

Como está claro na Exposição de Motivos, a transição de um regime para outro foi acautelada por benefícios fiscais relevantes, como a redução da base de cálculo e de alíquota, medidas que, pelos critérios de política econômica dos vários entes governamentais – intangíveis ao Poder Judiciário –, nem sempre foram adotadas em relação à desindexação de preços, salários e contratos.

É oportuno lembrar que a transição do nominalismo para o "valorismo," com as suas muitas "moedas" de proteção e a fragmentação da autoridade monetária, inclusive quando exercida pela via da jurisprudência no Poder Judiciário, levou o País a um dos ciclos mais longos e destrutivos de hiperinflação, quase sem paralelo na história econômica das Nações.

Gustavo Franco ("A Moeda e a Lei - Uma História Monetária Brasileira, 1993-2013", págs. 87/88, editora Zahar, edição 2.017) sintetiza parte relevante do fato histórico:

“O decreto-lei 857/69 pavimentou o caminho para a generalização de cláusulas de correção monetária ao revogar e reescrever o decreto-lei 23.501/33, enfraquecendo os seus dispositivos mais caracteristicamente nominalistas, como se estabelecesse uma “cláusula-papel”, ou liberasse a escolha de “moeda de conta” para certas obrigações, determinadas em lei específica, preservada a moeda de pagamento. A correção monetária vinha surgindo espontaneamente nas relações privadas, a despeito da vedação genérica da lei, ganhava apoio na jurisprudência e logo começava a ser estabelecida em lei, para casos especiais, às vezes como “exceção” ao princípio nominalista do decreto-lei 23.501/33, tal como se passou para as obrigações de pagamentos para com residentes no exterior.

A partir do decreto-lei 857/69, os dispositivos sobre moeda de conta se multiplicaram na jurisprudência e nas relações particulares, pois deixava de haver vedação legal expressa. A separação das funções legalmente reconhecidas da moeda, pela ampla disseminação da correção monetária, (...) se aprofundou em ritmo semelhante ao de sua degradação. Na verdade, tratava-se aí de voltar a reconhecer a terceira face da moeda, a que havia sido afastada na nova ordem monetária nominalista, ou da aceitação formal da (in)capacidade de ela guardar poder de compra no tempo e de desenvolver instituições para lidar com o problema. O movimento ganhava impulso na jurisprudência, que repetidamente dispunha sobre desequilíbrios em relações contratuais com base na chamada “teoria da imprevisão” (ou de cláusulas rebus sic standibus) ou na “teoria das dívidas de valor” (Tullio Ascarelli), e ia alimentando uma opulenta produção legislativa sobre correção monetária (moedas de conta) nas mais diversas áreas.

A generalização da correção monetária tinha a natureza de uma espécie de “privatização” das moedas de conta usadas em diferentes obrigações, pois vigorava certa liberdade de contratação e muita variação no desenho das cláusulas de correção monetária para diferentes setores e modalidades de contratos. O governo criou em 1964, um tanto à la Monsieur Jourdain, através da lei 4.357/64, que introduziu a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN), uma unidade de conta baseada em valores reais com ampla receptividade na economia e que logo adquiriu o aspecto de uma moeda de conta oficial. Aparentemente, as autoridades pensaram apenas na correção monetária da dívida pública e nas possibilidades que isso ensejava no terreno do financiamento não inflacionário dos déficits públicos. Entretanto, com isso, acabou criando uma unidade de conta-padrão baseada em “valores reais”, uma inovação de amplo alcance, cogitada por autores ilustres, mas raramente colocada em operação. Apenas bem mais adiante, em 1977, com a lei 6.423/77, o governo assumiu abertamente esse propósito e procurou reunificar todas as criaturas da espécie, estabelecendo a obrigatoriedade do uso de apenas uma, a ORTN, como se estivesse a determinar o curso forçado de uma moeda de conta baseada em valores reais, justamente o que quis abandonar em 1933.

Era o apogeu do “valorismo”, designação dada à doutrina que confrontava o nominalismo, talvez a fórmula inovadora para suprir, em primeiro lugar, a incapacidade do Estado de proporcionar moeda estável a seus cidadãos, e, em segundo, a falta de um protocolo jurídico para dispor sobre os efeitos da perda de poder de compra da moeda. Entretanto, a inovação coincidiria no tempo com (e não seria neutra para) o início do caos monetário que desaguaria na hiperinflação na década seguinte”.

No caso, o que a impetrante espera do Poder Judiciário – pretensão passível de dedução por todo e qualquer contribuinte – é espécie de "hedge" jurisprudencial contra os riscos da inflação a que todos estão sujeitos em suas aplicações financeiras.

Seria como transformar o Poder Judiciário em instância garantidora de renda mínima financeira, até o limite da inflação, segundo o índice escolhido pela soberana autoridade monetária de cada magistrado ou tribunal.

O pedido é improcedente.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – CORREÇÃO MONETÁRIA DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS – IRPJ E CSLL: INCIDÊNCIA – APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A transição do modelo de indexação, de 1.977, para o regime da Lei Federal nº 9.249, de 1.995, está bem demarcada na Exposição de Motivos subscrita pelo então Ministro da Fazenda Pedro Malan, quando sugeriu, ao Presidente da República, o encaminhamento do projeto que resultou na mudança de regime.

2. Como está claro na Exposição de Motivos, a transição de um regime para outro foi acautelada por benefícios fiscais relevantes, como a redução da base de cálculo e de alíquota, medidas que, pelos critérios de política econômica dos vários entes governamentais – intangíveis ao Poder Judiciário –, nem sempre foram adotadas em relação à desindexação de preços, salários e contratos.

3. É oportuno lembrar que a transição do nominalismo para o "valorismo," com as suas muitas "moedas" de proteção e a fragmentação da autoridade monetária, inclusive quando exercida pela via da jurisprudência no Poder Judiciário, levou o País a um dos ciclos mais longos e destrutivos de hiperinflação, quase sem paralelo na história econômica das Nações.

4. O que se espera do Poder Judiciário – pretensão passível de dedução por todo e qualquer contribuinte – é espécie de "hedge" jurisprudencial contra os riscos da inflação a que todos estão sujeitos em suas aplicações financeiras.

5. Seria como transformar o Poder Judiciário em instância garantidora de renda mínima financeira, até o limite da inflação, segundo o índice escolhido pela soberana autoridade monetária de cada magistrado ou tribunal. O pedido é improcedente.

6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5000413-61.2018.4.03.6115

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: PRISCILA PIZZOLATO

Advogado do(a) APELANTE: EMERSON FERREIRA DOMINGUES - SP154497-A

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000413-61.2018.4.03.6115

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: PRISCILA PIZZOLATO

Advogado do(a) APELANTE: EMERSON FERREIRA DOMINGUES - SP154497-A

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de mandado de segurança destinado a suspender concurso público para o cargo de Técnico Administrativo em Educação junto a Universidade Federal de São Carlos, em virtude da pontuação adquirida na prova de títulos.

A r. sentença indeferiu a inicial, sob o fundamento da ausência de direito líquido e certo. A documentação trazida pela impetrante não seria suficiente para comprovar o alegado.

Dispensado o reexame necessário.

Inconformada a impetrante ofertou apelação, alegando a existência de direito líquido e certo à alteração de pontos em sua prova de títulos.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000413-61.2018.4.03.6115

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: PRISCILA PIZZOLATO

Advogado do(a) APELANTE: EMERSON FERREIRA DOMINGUES - SP154497-A

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1.009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

No caso concreto, nos termos da r. sentença, a apelante alega que participou do concurso para o cargo de técnico administrativo em Educação promovido pela UFSCar, edital nº 03 de 2017, sendo aprovada na 1ª fase com 89 pontos, passou à 2ª fase, em que se analisam, dentre outros títulos, a experiência profissional.

Nessa 2ª fase obteve meros 8 pontos, com os quais não se conforma, recorreu administrativamente da pontuação obtida, tendo seu recurso improvido por não atender ao item 8.5 do edital. Porém, diz que apresentou vários documentos comprobatórios de que exerceu a atividade administrativa exigida, tal como descrita no edital, de forma que deveriam lhe ser atribuídos 120 pontos.

O impetrante pretende através dos documentos juntados à inicial, provar em juízo que faz jus a pontuação almejada, entretanto não trouxe documentos que comprovem o alegado.

Não há direito líquido e certo.

A jurisprudência desta Turma, em hipótese análoga:

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. CONCURSO PÚBLICO. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de AGRADO INTERNO interposto por STÉFANI MARTINS FAGIANI, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 26/2/2020 que deu provimento à apelação da FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS e à remessa oficial para denegar a segurança, cassados os efeitos da sentença que permitiu que a impetrante prosseguisse nas demais fases do concurso para o cargo de Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, concorrendo às vagas destinadas aos candidatos negros/pardos, conforme sua auto declaração, sob o fundamento de que essa condição já havia sido reconhecida em outro processo seletivo.

2. O fato de a agravante ter sido considerada negra/parda em ocasião diversa, regida por normas distintas, não lhe gera qualquer direito de ser assim considerada em concurso para ingresso no funcionalismo público federal, achando-se submissa à banca examinadora que tem inteira liberdade – dentro dos critérios legais – para avaliar a veracidade ou não da auto declaração formalizada pela agravante nessa segunda oportunidade.

3. A sentença, se sobrepondo indevidamente aos critérios legítimos utilizados pela banca examinadora, afrontou o resultado do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, datado de 08/06/2017, que reconheceu a constitucionalidade da lei que instituiu as cotas raciais nos concursos para provimento de cargos no âmbito do serviço público federal, fixando a tese de que “é legítima a utilização, além da auto declaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

4. Carece de razoabilidade a insurgência do candidato apenas depois da decisão da banca examinadora que lhe é desfavorável, não podendo o Poder Judiciário substituir o juízo discricionário da banca ou comissão pelo dele próprio, sendo certo também que o mandado de segurança não é a sede processual própria para avaliação da etnia da impetrante.

5. Precedentes desta Corte Federal: TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 368717 - 0012052-89.2016.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 20/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2017; SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 564798 - 0019906-29.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOMDI SALVO, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/03/2016; AI 50087926620194030000, SEXTA TURMA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOMDI SALVO, j. 25/01/2020, e-DJF3 04/02/2020.

6. Agravo interno improvido.

(ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA/SP

5003790-51.2019.4.03.6100)

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO CONCURSO PÚBLICO. DECISÃO ADMINISTRATIVA. PROVA DE TÍTULOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1.No caso concreto, nos termos da r. sentença, a apelante alega que participou do concurso para o cargo de técnico administrativo em Educação promovido pela UFSCar, edital nº 03 de 2017, sendo aprovada na 1ª fase com 89 pontos, passou à 2ª fase, em que se analisam, dentre outros títulos, a experiência profissional.

2.Nessa 2ª fase obteve meros 8 pontos, com os quais não se conforma, recorreu administrativamente da pontuação obtida, tendo seu recurso improvido por não atender ao item 8.5 do edital. Porém, diz que apresentou vários documentos comprobatórios de que exerceu a atividade administrativa exigida, tal como descrita no edital, de forma que deveriam lhe ser atribuídos 120 pontos.

3.O impetrante pretende através dos documentos juntados à inicial, provar em juízo que faz jus a pontuação almejada, entretanto não trouxe documentos que comprovem o alegado.

4. Não há direito líquido e certo.

4. No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.

5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5007501-30.2020.4.03.6100

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

APELANTE: AMANDA MENEZES GONCALVES

Advogados do(a) APELANTE: HUGO THOMAS DE ARAUJO ALBUQUERQUE - SP335233-A, LUCILEI YASUKO MURAKAMI HASHIZUME - SP158802-A, RONALDO MORAES PETRUITIS - SP138732-A, MARCOS YOSHIO SUEOKA - SP199748-A

APELADO: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5007501-30.2020.4.03.6100

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

APELANTE: AMANDA MENEZES GONCALVES

Advogados do(a) APELANTE: LUCILEI YASUKO MURAKAMI HASHIZUME - SP158802-A, RONALDO MORAES PETRUITIS - SP138732-A, MARCOS YOSHIO SUEOKA - SP199748-A

APELADO: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada em 20/04/2020 por AMANDA MENEZES GONÇALVES em face da UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – UNIFESP objetivando tomar sem efeito o cancelamento de sua matrícula no curso de Medicina, determinado no bojo do Processo Administrativo nº 23546.007011/2019-77, instaurado para averiguação da veracidade da autodeclaração de indígena firmada pela autora para ingresso na universidade.

A autora narra que é quartanista do curso de Medicina e que ingressou na UNIFESP pelo concurso vestibular de 2016, como cotista, na forma do edital nº 12/2016.

Diz que compareceu à matrícula com sua genitora e sua avó materna e que, na ocasião, foi afirmado que inexistia necessidade de apresentação de documentos para a comprovação de sua origem indígena, bastando a aparência de sua avó materna, ocasião em que lhe foi solicitada a assinatura da autodeclaração indígena.

Diz que no terceiro ano do curso se desentendeu com uma colega, que ofendeu sua origem indígena, e que a agressora formulou denúncia de fraude de cota racial à ouvidoria da universidade, o que ensejou a instauração do Processo Administrativo nº 23546.007011/2019-77.

Alega que teve o seu direito à ampla defesa violado, a Comissão de Heteroidentificação concluiu pela presença de “marcadores fenótipos compatíveis com a raça branca”, cancelando sua matrícula, sem que sua testemunha (sua avó) fosse ouvida.

Sustenta que o edital de ingresso – Edital nº 12/2016 – previu exclusivamente o critério do genótipo e que somente para o vestibular de 2019 está expresso o critério do fenótipo. Sendo assim, defende que preencheu os requisitos exigidos no edital e que alteração posterior não pode alcançar seu direito e ensejar o cancelamento de sua matrícula.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 1.000,00.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (ID nº 144000270).

A UNIFESP apresentou contestação (ID nº 144000274) e a autora, réplica (ID nº 144000281).

Em 12/08/2020 a Juíza *a qua* proferiu sentença **julgando improcedente o pedido** por entender que não houve violação ao devido processo legal e à ampla defesa e que, embora a autodeclaração fosse suficiente para o ingresso, não está excluída a apuração da veracidade da informação. Condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa, cuja execução permanecerá suspensa por força do benefício da Justiça Gratuita (ID nº 144001141).

Irresignada, a autora interpôs apelação sustentando, em síntese, que o edital que disciplinou o seu ingresso – Edital nº 12/2016 – adotou o critério do genótipo para caracterizar a condição racial, mediante validação da autodeclaração étnico-racial no ato da matrícula.

Diz que sua ancestralidade foi comprovada por declaração da Presidente Interina do Conselho Municipal dos Povos Indígenas de São Paulo, Liderança da Etnia Fulni-ô do Estado de São Paulo e Conselheira do Conselho Estadual dos Povos Indígenas – CEPISP, e que cumpriu todos os requisitos exigidos em edital no ato de sua matrícula, não podendo ser exigida a submissão ao critério fenotípico, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade.

Insiste que a única exigência do edital era a autodeclaração.

Alega que está no quarto ano do curso e que o processo administrativo violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela a fim de que seja suspenso o cancelamento de sua matrícula e possa realizar todas as atividades acadêmicas.

A apelada apresentou contrarrazões (ID nº 144001149).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007501-30.2020.4.03.6100

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

APELANTE: AMANDA MENEZES GONCALVES

Advogados do(a) APELANTE: LUCILEI YASUKO MURAKAMI HASHIZUME - SP158802-A, RONALDO MORAES PETRUITIS - SP138732-A, MARCOS YOSHIO SUEOKA - SP199748-A

APELADO: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

A apelante ingressou no curso de Medicina da Universidade Federal de São Paulo – UNIFES pelo vestibular de 2017, regido pelo Edital nº 12/2016, via Sistema de Reserva de Vagas (cotas).

Por força de denúncia de “fraude de cota racial” encaminhada à Ouvidoria da UNIFESP em 18/02/2019, foi instaurada Comissão para averiguação das supostas irregularidades na ocupação de vagas reservadas por critério étnico-racial – Processo Administrativo nº 23089.102294/2019-02.

A Comissão de Heteroidentificação concluiu, por unanimidade, que a apelante é “**branca**, pois apresenta marcadores fenotípicos compatíveis com a raça branca”.

Foram analisados três critérios, em ordem hierárquica de importância: em primeiro lugar o **fenótipo**, em segundo, a **identidade** (auto-atribuição e atribuição por outros) e, em terceiro, a **ancestralidade étnico-racial** (genealogia).

Em seu parecer, a Pró-Reitora de Graduação assimsintetiza a análise da Comissão:

“... a Comissão aponta em seu relatório a ausência de marcadores fenotípicos compatíveis com a condição de indígena informada pela discente, a ausência de relatos de episódios em que a mesma teria sido reconhecida como indígena e o distanciamento com a ancestralidade indígena uma vez que, embora refira a origem de sua bisavó, poucas informações relativas a essa condição são de conhecimento da aluna” (ID nº 144000267).

Com base no Relatório Final da Comissão de Heteroidentificação, na Lei nº 12.711/2012 e nos itens 3.5 e 10.1 do Edital do Vestibular UNIFESP 2017, a Pró-Reitoria de Graduação determinou o cancelamento da matrícula da estudante.

No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se à regularidade e legalidade do procedimento, sendo descabido ao Judiciário substituir-se à Comissão de Heteroidentificação e decidir sobre a identidade da apelante.

Com efeito, aplica-se ao caso, por identidade de razões, a orientação segundo a qual “Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade” (STF, RE 632.853, Tema 485 da Repercussão Geral). No mesmo sentido: RMS 62.040/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 27/02/2020.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 41/DF, reconheceu a integral constitucionalidade da Lei de Cotas – Lei nº 12.990/2014, bem como dos mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos, pronunciando ser “legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Portanto, a lei adota o critério da autodeclaração, mas legitima a adoção de critérios subsidiários para confirmar a declaração.

No entanto, inexistente qualquer regulamentação sobre esses critérios subsidiários de validação da autodeclaração étnico-racial em nosso ordenamento jurídico, cabendo, pois, ao edital do certame defini-los previamente a fim de possibilitar o controle pelo candidato.

A propósito, registro que esta Corte já decidiu que “a falta de previsão em edital do critério fenotípico para aferição da condição étnico-racial e sua posterior regulação como critério estrito, durante o curso, não pode prejudicar a candidata que ingressou na universidade mediante autodeclaração, pelo critério genotípico ou de ascendência, também legítimo, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5006874-27.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 24/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/06/2019).

Na singularidade, o edital do vestibular prevê o critério da *autodeclaração* (itens 2.1.3; 3.4.1 – “o enquadramento de cor (ou raça) dar-se-á mediante autodeclaração do interessado, conforme classificação adotada pelo IBGE” e 7.2.1, “b”).

O item 3.5 prevê que “A UNIFESP se reserva o direito de proceder à conferência das informações prestadas pelo candidato, quanto à sua veracidade, a qualquer momento, inclusive junto aos órgãos oficiais e mediante avaliação de profissional interessado, sendo que, ante a constatação de sua falsidade, serão tomadas as providências legais cabíveis (vide item 10.1)”.

Já o item 10.1, “d”, estabelece o direito da UNIFESP de proceder à conferência das informações prestadas pelos candidatos matriculados e, no caso de falsidade, cancelar a matrícula de candidato matriculado.

O que se constata é que, a despeito das cláusulas que permitem a fiscalização das informações, o edital não contempla previsão de critérios para aferição da condição étnico-racial declarada pelo candidato, sendo manifestamente desarrazoado que, após quase três anos de ingresso da apelante no curso de Medicina, sua matrícula, que foi aceita pela autodeclaração, seja cancelada porque Comissão de Heteroidentificação, não prevista no edital, concluiu que ela é “**branca**, pois apresenta marcadores fenotípicos compatíveis com a raça branca”.

Vale registrar, no ponto, que “se o edital estabelece que a simples declaração habilita o candidato a concorrer nas vagas destinadas a negros e pardos e não fixa os critérios para aferição desta condição, não pode a Administração, posteriormente, sem respaldo legal ou no edital do certame, estabelecer novos critérios ou exigências adicionais, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao edital” (EDcl no AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019).

Para corroborar, transcrevo jurisprudência do STJ em casos semelhantes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENSINO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489, § 1º, E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. AUSÊNCIA. COTAS RACIAIS. ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS APÓS A FINALIZAÇÃO DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não se configura a ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que a Corte regional julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

2. O órgão julgador não é 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.

3. Em se tratando de disputa de vagas em Universidades Públicas reservadas pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios da vinculação ao edital, da legítima confiança do administrado e da segurança jurídica.

4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe o respeito às regras previamente estipuladas por ambas as partes, as quais não podem ser modificadas com o certame já finalizado, como no caso dos autos, porquanto o recorrido realizou concurso vestibular em 2015 e as novas regras foram estabelecidas pela administração em 2016.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1794413/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 06/09/2019)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. CONCURSO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CANDIDATO APROVADO NAS VAGAS DESTINADAS AOS NEGROS E PARDOS. CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PARCIALMENTE ACOLHIDOS PARA ESCLARECER QUE NÃO HÁ NECESSIDADE DE DESLOCAR O IMPETRANTE PARA A VAGA DE COTISTA, UMA VEZ EMPOSSADO PELA LISTA GERAL.

1. A teor do disposto no art. 1.022 do Código Fux, os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não se verifica no caso dos autos, porquanto o acórdão embargado dirimiu todas as questões postas de maneira clara, suficiente e fundamentada.

2. Conforme destacado anteriormente, a questão em debate cinge-se à verificação da suposta ilegalidade no ato administrativo que determinou a nulidade da inscrição do recorrente no concurso público para o cargo de Oficial de Controle Externo, Classe II, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, conforme Edital 002/2013, em face da ausência de comprovação da afrodescendência declarada para fins de concorrência nas vagas específicas para negros e pardos.

3. Da leitura atenta das cláusulas editalícias que dispõem acerca dos critérios para que o candidato concorra nas vagas destinadas a negros e pardos, verifica-se que o único requisito exigido é a autodeclaração, não havendo qualquer outra previsão ou parâmetro a ser utilizado na fiscalização do sistema de cotas.

4. No caso, o ora embargado, apesar de ter se declarado negro, foi submetido, posteriormente, à uma comissão para aferição dos requisitos. Verificou-se que esta comissão impôs nova exigência: a de ter que comprovar ser filho de mãe ou pai negro, não podendo sua cor de pele ter advindo de seus avós ou outro parente (fls. 104).

5. Portanto, se o edital estabelece que a simples declaração habilita o candidato a concorrer nas vagas destinadas a negros e pardos e não fixa os critérios para aferição desta condição, não pode a Administração, posteriormente, sem respaldo legal ou no edital do certame, estabelecer novos critérios ou exigências adicionais, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao edital.

6. Assim, não há necessidade de esclarecer se a comissão pode ser considerada como responsável pela avaliação, porquanto, no caso, o que houve foi a instituição de nova exigência (aprovação pela comissão) não prevista no edital. Logo, havendo previsão editalícia, é possível a instituição de uma comissão avaliadora dos requisitos para o preenchimento das vagas destinadas a afrodescendentes; no caso dos autos, porém, não há essa previsão, por isso a atuação de tal comissão pode ser admitida.

7. Quanto à advertência de que a manutenção do recorrente/impetrante no regime de cotas, apesar de já haver tomado posse no cargo em decorrência da inscrição na lista geral, inviabilizará a posse dos demais candidatos cotistas, abrindo-se a vaga para a lista geral (fls. 587), merece este esclarecimento: uma vez empossado o candidato embargado, não há necessidade de deslocá-lo para a vaga de cotista, tendo em vista que a tutela almejada já foi satisfeita. Inclusive, no item "e" da petição inicial do writ havia pedido no sentido do impetrante ser remetido à lista geral de classificação.

8. No tocante a citação dos demais candidatos aprovados no concurso para integrar a lide, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado quanto à inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre todos os candidatos aprovados em concurso público. Neste sentido: AgInt no REsp. 1.690.488/MG, Rel. Min. GURGEL DE FÁRIA, DJe 20.6.2018; e AREsp 1.244.080/PI, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 16.4.2018.

9. Embargos de Declaração do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL parcialmente acolhidos para esclarecer que não há necessidade de deslocar o impetrante para a vaga de cotista, uma vez empossado pela lista geral.

(EDcl no AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019)

Destaco, ainda, que a mera existência de previsão editalícia da possibilidade de se fiscalizar as informações prestadas pelo candidato, desacompanhada da previsão dos critérios a serem adotados para a aferição étnico-racial declarada não permite à Administração inovar nas regras originais do certame e instituir comissão e estabelecer critérios e exigências, sob pena de acinte aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da legítima confiança do candidato e da segurança jurídica. Nesse sentido, colaciono precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS PARA CANDIDATOS NEGROS. AUTODECLARAÇÃO. ÚNICA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. POSTERIOR REALIZAÇÃO DE ENTREVISTA PARA AFERIÇÃO DO FENÓTIPO SEM PREVISÃO NO EDITAL DE ABERTURA. FALTA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. 1. Em se cuidando de disputa de cargos públicos reservados pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios da vinculação ao edital, da legítima confiança do administrado e da segurança jurídica.

2. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe o respeito às regras previamente estipuladas, as quais não podem ser modificadas com o certame já em andamento.

3. O Edital nº 01/2015 - TJDF, que tornou pública a abertura do concurso público destinado ao provimento de cargos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, estabeleceu, como critério único para a disputa de vagas reservadas para negros, a autodeclaração do candidato, à qual foi atribuída presunção de veracidade (item 6.2.3), em conformidade, aliás, com o disposto no art. 5º, § 2º, da Resolução CNJ nº 203/2015.

4. Embora o item 6.2.4 do edital originário prevesse a possibilidade de se comprovar a falsidade da autodeclaração, nenhuma referência o acompanhou quanto à forma e ao momento em que a Comissão de Concurso poderia chegar a essa constatação. Daí que a posterior implementação de uma fase específica para tal finalidade, não prevista no edital inaugural e com o certame já em andamento, não se revestiu da necessária higidez jurídica, não se podendo, na seara dos concursos públicos, atribuir validade a cláusula editalícia supostamente implícita, quando seu conteúdo possa operar em desfavor do candidato.

5. Nesse contexto, não era lícito à Administração Pública, após a aprovação dos candidatos nas provas objetiva e discursiva, introduzir inovação nas regras originais do certame (no caso concreto, por intermédio do Edital nº 15/2016) para sujeitar os concorrentes a "entrevista" por comissão específica, com o propósito de aferir a pertinência da condição de negros, por eles assim declarada ao momento da inscrição no concurso. A conta dessa conduta, restou afrontado pela Administração, dentre outros, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Precedente desta Corte em caso assemelhado: AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 31/05/2017.

6. Recurso ordinário provido para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança, determinando-se a reinserção do nome do recorrente na lista dos candidatos que concorreram às vagas destinadas ao provimento por cota racial, respeitada sua classificação em função das notas que obteve no certame.

(RMS 54.907/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 18/04/2018)

Na mesma toada:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. AÇÃO AFIRMATIVA. COTA RACIAL. AUTODECLARAÇÃO. PREVISÃO NO EDITAL. SUPERVENIENTE MUDANÇA PARA O CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. Hipótese em que os editais que regeram o ingresso da aluna na Faculdade de Medicina da UFMS, em 2017, trouxeram apenas a "autodeclaração" como requisito para matrícula na condição de cotista étnico, sem prever avaliação ulterior para ratificação da matrícula tampouco sem estabelecer o fenótipo como critério norteador para aferir a condição de negro, pardo ou indígena.

2. Compulsando os autos da ação subjacente e do presente recurso, à vista do conjunto fático-probatório e da plausibilidade da tese exposta na exordial do feito de origem, diante da existência de fundamento relevante e de dano irreparável na hipótese de não se determinar a imediata regularização da matrícula da autora, ora agravada, no curso de Medicina, ante o início e continuidade das atividades acadêmicas, em sede de cognição sumária, entende-se que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência pretendida.

3. Foram acostados aos autos, dentre outros documentos: i) fotografias da agravada; ii) declaração subscrita pela Dra. Rubenilda dos S. Barbosa, CRM/MS 2163, médica dermatologista, atestando que a agravada apresenta cor da pele parda.

4. Com efeito, até a publicação do Edital Conjunto PROAES/PROGRAD Nº 03/2019, de 15 de fevereiro de 2019, que tornou pública o resultado final da banca de verificação, determinando o cancelamento da matrícula, a agravada já havia cursado dois anos, ou seja, um terço do curso de Medicina, de modo que impedi-la de prosseguir em seus estudos, na pendência da ação, acarretará evidente prejuízo à sua formação acadêmica, contrariando o preceito constitucional de que a educação será incentivada, previsto no art. 205 da CF/1988.

5. Registre-se a ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, diante do fato de que a vaga em questão na IES já está sendo usufruída pela agravada.

6. No Brasil, foi implementada a política pública denominada de "ações afirmativas", para favorecer o ingresso de afrodescendentes nas universidades e no serviço público, com o escopo de reparar e compensar, no presente, de um passado repulsivo de discriminação racial, promovendo, assim, o resgate de uma dívida histórica.

7. Do exame das normas de regência sobre as cotas em instituições de ensino superior federais (Lei nº 12.711/2012, Decreto nº 7.824/2012 e Portaria Normativa nº 18/2012, do Ministério da Educação) constata-se que foi adotado pela legislação brasileira o critério da autodeclaração para a caracterização do candidato como negro, pardo ou indígena.

8. Importa destacar que não foram estabelecidos critérios objetivos para confirmar a autodeclaração, de modo que inexistente qualquer regulamentação legal em nosso ordenamento jurídico que estabeleça os critérios para aferição da classificação étnico-racial daquele candidato que se autodeclara como preto, pardo ou indígena, para fins de ingresso no ensino superior em universidades públicas federais.

9. O C. Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade do sistema de cotas para o ingresso nas universidades públicas federais, no julgamento da ADPF 186/DF.

10. O e. Ministro Relator da ADPF 186/DF, Ricardo Lewandowski, em seu voto, ao examinar se os mecanismos utilizados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em consonância com a ordem jurídica constitucional brasileira, reconheceu que há duas maneiras distintas de identificação: a autoidentificação, que decorre da autodeclaração realizada pelo candidato, e a heteroidentificação, efetuada pela administração universitária, asseverando que ambas são aceitáveis sob o enfoque constitucional.

11. É cediço que as regras editalícias são vinculantes tanto para a Universidade quanto para os candidatos.

12. Do exame dos editais que disciplinaram o ingresso da agravada na UFMS, em juízo de cognição perfuntória, verifica-se que o critério adotado para caracterizar a condição racial da aluna pela IES foi o genotípico ou de ascendência étnica, não havendo qualquer dispositivo em tais normas indicando a possibilidade de utilização de outro critério, no momento da matrícula (ingresso) ou posteriormente (durante o curso), mediante validação da autodeclaração étnico-racial, realizada após a matrícula, por comissão especificamente constituída para esse fim.

13. *A falta de previsão em edital do critério fenotípico para aferição da condição étnico-racial e sua posterior regulação como critério estrito, durante o curso, não pode prejudicar a candidata que ingressou na universidade mediante autodeclaração, pelo critério genotípico ou de ascendência, também legítimo, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade.*

14. *Nesse contexto, após o decurso de quase dois anos do ingresso da estudante na UFMS, não se mostra razoável nem em conformidade com a garantia constitucional do devido processo legal que, mediante o Edital Conjunto PROAES/PROGRAD nº 01/2019, de 25 de janeiro de 2019, que constituiu banca de verificação da veracidade da condição de cotista no ingresso do curso da Faculdade de Medicina (FAMED), a IES agravante condicione a regularidade da matrícula bem como a continuidade do curso superior da agravada ao resultado da avaliação, com esteio em critério fenotípico.*

15. *Verifica-se que a mudança superveniente para o critério estritamente fenotípico, mediante observância dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, há de ser aplicada aos alunos ingressantes posteriormente, de modo a possibilitar o controle e a aferição das informações prestadas pelo candidato, a fim de preservar o processo seletivo e o propósito das cotas étnico-raciais, bem como evitar a ocorrência de fraudes.*

16. *O que não se afigura legítima é a adoção do critério fenotípico, perante uma comissão avaliadora, de modo retroativo, a fim de desconstituir atos anteriores, praticados sob a égide de outra vertente interpretativa da legislação de regência sobre a política pública de cotas raciais. Precedentes do E. TRF da 4ª Região.*

17. *Destarte, em sede de cognição sumária, própria deste momento processual, tem-se por ilegal o cancelamento da matrícula da aluna com base apenas na conclusão da comissão avaliadora, constituída em 2019, de que a discente não apresenta as características fenotípicas exigidas para ser considerada parda, na medida em que o critério utilizado pela IES, na época do ingresso, era somente a exigência de autodeclaração, sem nenhuma previsão de avaliação posterior para fins de ratificação da matrícula.*

18. *Portanto, por ora, a decisão agravada deve ser mantida, para garantir à discente a sua reintegração no curso de Medicina até ulterior decisão de mérito.*

19. *Agravo de instrumento não provido.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5006874-27.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 24/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/06/2019)

Portanto, o apelo deve ser provido para tornar sem efeito a decisão que determinou o cancelamento da matrícula da apelante no curso de medicina, por manifesta violação ao edital que regulamentou o concurso vestibular.

Tendo em vista o valor muito baixo atribuído à causa (R\$ 1.000,00), a fim de evitar a fixação de honorários irrisórios, aplico ao caso a regra inserta no § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil para condenar a apelada ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 5.000,00, com atualização a partir desta data, nos termos do Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, montante que considero adequado à complexidade da causa e a remunerar de forma justa e digna o trabalho desempenhado pelo procurador da apelante.

Ante o exposto, **dou provimento à apelação.**

É como voto.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INGRESSO NA UNIVERSIDADE PELO SISTEMA DE COTAS. CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO. POSTERIOR INSTAURAÇÃO DE COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACINTE AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APELAÇÃO PROVIDA, COM ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A apelante ingressou no curso de Medicina da Universidade Federal de São Paulo – UNIFES pelo vestibular de 2017, regido pelo Edital nº 12/2016, via Sistema de Reserva de Vagas (cotas). Por força de denúncia de “fraude de cota racial” encaminhada à Ouvidoria da UNIFESP em 18/02/2019, foi instaurada Comissão para averiguação das supostas irregularidades na ocupação de vagas reservadas por critério étnico-racial – Processo Administrativo nº 23089.102294/2019-02.

2. A Comissão de Heteroidentificação concluiu, por unanimidade, que a apelante é “**branca**, pois apresenta marcadores fenotípicos compatíveis com a raça branca”. Foram analisados três critérios, em ordem hierárquica de importância: em primeiro lugar o fênótipo, em segundo, a identidade (auto-atribuição e atribuição por outros) e, em terceiro, a ancestralidade étnico-racial (genealogia). Com base no Relatório Final da Comissão de Heteroidentificação, na Lei nº 12.711/2012 e nos itens 3.5 e 10.1 do Edital do Vestibular UNIFESP 2017, a Pró-Reitoria de Graduação determinou o cancelamento da matrícula da estudante.

3. No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se à regularidade e legalidade do procedimento, sendo descabido ao Judiciário substituir-se à Comissão de Heteroidentificação e decidir sobre a identidade da apelante. Com efeito, aplica-se ao caso, por identidade de razões, a orientação segundo a qual “Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade” (STF, RE 632.853, Tema 485 da Repercussão Geral). No mesmo sentido: RMS 62.040/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 27/02/2020.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 41/DF, reconheceu a integral constitucionalidade da Lei de Cotas – Lei nº 12.990/2014, bem como dos mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos, pronunciando ser “legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. Portanto, a lei adota o critério da autodeclaração, mas legitima a adoção de critérios subsidiários para confirmar a declaração.

5. No entanto, inexistente qualquer regulamentação sobre esses critérios subsidiários de validação da autodeclaração étnico-racial em nosso ordenamento jurídico, cabendo, pois, ao edital do certame defini-los previamente a fim de possibilitar o controle pelo candidato. A propósito, esta Corte já decidiu que “a falta de previsão em edital do critério fenotípico para aferição da condição étnico-racial e sua posterior regulação como critério estrito, durante o curso, não pode prejudicar a candidata que ingressou na universidade mediante autodeclaração, pelo critério genotípico ou de ascendência, também legítimo, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5006874-27.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 24/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/06/2019).

6. Na singularidade, o edital do vestibular prevê o **critério da autodeclaração** (itens 2.1.3; 3.4.1 – “o enquadramento de cor (ou raça) dar-se-á mediante autodeclaração do interessado, conforma classificação adotada pelo IBGE” e 7.2.1, “b”). A despeito das cláusulas que permitem a fiscalização das informações, o edital não contempla previsão de critérios para aferição da condição étnico-racial declarada pelo candidato, sendo manifestamente desarrazoado que, após quase três anos de ingresso da apelante no curso de Medicina, sua matrícula, que foi aceita pela autodeclaração, seja cancelada porque Comissão de Heteroidentificação, não prevista no edital, concluiu que ela é “branca, pois apresenta marcadores fenotípicos compatíveis com a raça branca”.

7. “Se o edital estabelece que a simples declaração habilita o candidato a concorrer nas vagas destinadas a negros e pardos e não fixa os critérios para aferição desta condição, não pode a Administração, posteriormente, sem respaldo legal ou no edital do certame, estabelecer novos critérios ou exigências adicionais, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao edital” (EDcl no AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019).

8. A mera existência de previsão editalícia da possibilidade de se fiscalizar as informações prestadas pelo candidato, desacompanhada da previsão dos critérios a serem adotados para a aferição étnico-racial declarada não permite à Administração inovar nas regras originais do certame e instituir comissão e estabelecer critérios e exigências, sob pena de acinte aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da legítima confiança do candidato e da segurança jurídica. Nesse sentido: RMS 54.907/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 18/04/2018.

9. Tendo em vista o valor muito baixo atribuído à causa (R\$ 1.000,00), a fim de evitar a fixação de honorários irrisórios, aplica-se ao caso a regra inserta no § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil para condenar a apelada ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 5.000,00, com atualização a partir desta data, nos termos do Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, montante adequado à complexidade da causa e a remunerar de forma justa e digna o trabalho desempenhado pelo procurador da apelante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5001943-82.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: C.R. DEALER DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: IRINEU GALESKI JUNIOR - PR35306-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5001943-82.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: C.R. DEALER DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: IRINEU GALESKI JUNIOR - PR35306-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação anulatória de multa decorrente de auto de infração.

A r. sentença (fls. 1/11, ID 95697564) julgou o pedido inicial improcedente, nos termos do 487, I, Código de Processo Civil. Condenou a parte ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Apelação da autora (ID 95697568), na qual aduz a ilegalidade da decisão administrativa, porque os produtos não teriam sido colocados à disposição do consumidor. Também não haveria fundamentação para o agravamento da pena.

Afirma que o capital social não seria embasamento capaz de auferir a condição econômica do agente.

Contrarrazões (ID 95697573).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5001943-82.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: C.R. DEALER DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: IRINEU GALESKI JUNIOR - PR35306-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 467/666

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

*** Regularidade da multa administrativa ***

A Lei Federal nº. 9.847/1999:

Art. 3º A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

(...)

XV - deixar de fornecer aos consumidores as informações previstas na legislação aplicável ou fornecê-las em desacordo com a referida legislação:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

Art. 4º A pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes.

§ 1º A multa será recolhida no prazo de trinta dias, contado da decisão administrativa definitiva.

§ 2º O não-pagamento da multa no prazo estabelecido sujeita o infrator a:

I - juros de mora de um por cento ao mês ou fração;

II - multa de mora de dois por cento ao mês ou fração.

§ 3º Na hipótese de o autuado expressamente renunciar ao direito de recorrer da decisão proferida no processo administrativo, a multa poderá ser recolhida no prazo para a interposição do recurso com redução de trinta por cento.

A Resolução nº 22 de 11 de abril de 2012:

“Art. 12. O produto envasilhado deverá apresentar na embalagem informações em português, de forma a não induzir o consumidor a erro com respeito à natureza e às características do produto, constando em seu rótulo as seguintes informações mínimas:

I - natureza do produto (mineral, sintético ou semissintético), composição, campo de aplicação, finalidade, benefícios, advertências e precauções;

II - grau de viscosidade segundo as normas, em suas últimas versões, SAE J300/J306 (Society of Automotive Engineers) ou ISO (International Organization for Standardization) para óleo lubrificante, e grau de consistência NLGI (National Lubricating Grease Institute) para graxa; para óleos multiviscosos deverá ser indicado sempre o grau SAE mais restritivo;

III - níveis de desempenho conforme registrado, no caso de óleo lubrificante;

IV - dosagem recomendada e modo de uso, para aditivos em frasco;

V - razão social, nº do CNPJ e endereço do detentor, indicando de forma expressa tratar-se do detentor e produtor, em caso de produto nacional;

VI - razões sociais e nos de CNPJ do produtor e do detentor de registro, e o endereço desse último, indicando de forma expressa o detentor de registro e a empresa produtora, em caso de produto nacional produzido por terceiro;

VII - razão social, nº de CNPJ e endereço do importador e nome e país de origem do produtor estrangeiro, indicando de forma expressa a empresa detentora e a produtora, em caso de produto importado pelo detentor do registro;

VIII - razões sociais e nos de CNPJ do importador e do detentor do registro, endereço desse último e nome e país de origem do produtor, indicando de forma expressa a empresa detentora do registro, o importador e o produtor, em caso de produto importado por terceiro;

IX - nome e número de inscrição no órgão de classe, CRQ, do responsável técnico, que deverá ser o mesmo que assina os anexos II, III, IV e V;

X - marca comercial estritamente conforme registrada na ANP;

XI - número do registro do produto na ANP;

XII - quantidade embalada;

XIII - orientação quanto à destinação do produto e da embalagem após sua utilização, conforme legislação federal vigente;

XIV - prazo de validade;

XV - a observação em destaque: "SIGA AS RECOMENDAÇÕES DO FABRICANTE DO VEÍCULO E/OU EQUIPAMENTO", para lubrificantes;

XVI - a observação em destaque: "ESSE PRODUTO NÃO É CONSIDERADO ESSENCIAL. CONSULTE O FABRICANTE DO VEÍCULO SOBRE O SEU USO", para aditivos em frasco;

XVII - a frase "APLICÁVEL SOMENTE PARA API SL/CI-4. OU INFERIORES", para aditivos em frasco com registro ativo concedido até a publicação desta Resolução, mediante comprovação da sequência IIIF.

§ 1º A identificação do lote e da data de fabricação deverão ser impressos na embalagem ou no rótulo durante o processo de envasilhamento.

§ 2º Os lubrificantes para motores 2 tempos e transmissões automáticas estão dispensados de indicar o grau SAE no rótulo.

§ 3º As empresas matriz e filiais deverão ser diferenciadas para fins de atendimento aos incisos VI, VII, VIII e IX."

No caso concreto, a empresa executada foi autuada em 02 de julho de 2015 (fls. 52, ID 95696967).

A conduta imputada à apelante: "(...) Sendo assim, verifica-se a irregularidade no rótulo estampado nas embalagens do PETROL SJ 20W50 API SJ (0,5L) deste lote SF01662/15, pois existe divergência clara do local de produção e envase. As cópias dos rótulos impressos fornecidos pela ETIKOR INDÚSTRIA GRÁFICA LTDA, CNPJ: 01.366.919/0001-66, encontram-se como anexo e evidenciam a falha cometida, **já que estavam disponíveis para uso na instalação da SAFRA QUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LUBRIFICANTES LTDA e de fato foram utilizados, o que pode ser comprovado na própria amostra acolhida através do Termo de Coleta de Amostra lavrado no Documento de Fiscalização nº 459011, de 02/07/2015. (...)**"

As normas não submetem a aplicação da sanção à efetiva disponibilização do produto aos consumidores.

Ademais, o auto constata a disponibilização do produto para uso.

Os argumentos da apelante não afastam a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

Por outro lado, a multa administrativa foi aplicada no mínimo (R\$ 5.000,00) e agravada (em mais R\$ 5.000,00), com fundamento no capital social da empresa.

A aplicação, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), está de acordo com o artigo 3º, incisos I e II, da Lei Federal nº 9.847/99, e não possui caráter confiscatório.

A multa é regular.

A jurisprudência desta Corte Regional:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. MOTIVAÇÃO. PENALIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS.

1. Não procede a alegação de prescrição. A uma porque o artigo 1º, §1º, da Lei 9.873/99 estabelece a prescrição quando o procedimento administrativo resta paralisado por mais de três anos sem julgamento ou despacho. No caso, o recurso administrativo foi interposto em 17/10/2005, tendo a ré, ora apelada, proferido despacho em 25/01/2006, remetendo os autos à Procuradoria Geral para atendimento do disposto no artigo 20 do Decreto 2.953/99 (fl. 360). Ato contínuo, a Procuradoria elaborou parecer (fls. 361/374), o qual, então, foi adotado pela autoridade julgadora em 10/12/2008 (fls. 376/377).

2. A duas porque o artigo 13, §1º, da Lei 9.847/99 dispõe que o prazo para apuração das infrações referentes às atividades de abastecimento nacional de combustíveis é de cinco anos. Com efeito, trata-se de norma especial, que, portanto, deve prevalecer em relação às demais regras gerais.

3. Quanto à alegação de ausência de motivação adequada no auto de infração e consequente violação ao contraditório, também não assiste razão à apelante. Com efeito, a simples leitura do auto de infração permite concluir que houve motivação detalhada acerca da irregularidade e consequente enquadramento na pena aplicada (fl. 260).

4. O argumento relativo à constatação visual do fiscal e à ausência de prova não procede, uma vez que o fiscal tem competência para avaliar as condições dos recipientes de GLP, sendo certo que eventual discordância deveria ter sido objeto de pedido de prova pericial, o que não ocorreu durante o processo.

5. Ressalta-se que os atos administrativos possuem a presunção de legalidade e veracidade, podendo, contudo, ser ilidida por prova robusta em contrário. Assim, não tendo a autora/apelante se desincumbido do mencionado ônus, não há como reconhecer irregularidade no procedimento administrativo.

6. Também não há falar em ilegalidade ou excesso do valor da multa aplicada em R\$20.000,00, haja vista que o artigo 3º, VIII, da Lei 9.847/99 fixa este montante como o mínimo. Por fim, a inscrição da apelante no cadastro de reincidência é consequência prevista em lei, não havendo falar no seu descabimento.

7. Quanto à verba honorária, entendo que o percentual de 20% do valor da causa é razoável, perfazendo o montante de R\$4.000,00, o que não se configura demasiado, sobretudo se considerada a complexidade da demanda e o atual entendimento jurisprudencial.

8. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1968903 - 0020539-15.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 14/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/01/2018)

O capital social, critério utilizado pela autoridade administrativa é razoável.

Não cabe ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir a Administração e estabelecer critérios de agravamento das sanções.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLE JUDICIAL AMPLO QUANTO À LEGALIDADE. EXAME DO MOTIVO DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. PENA DE DEMISSÃO. SUBSUNÇÃO DO FATO À CONDUTA TÍPICA. ATO VINCULADO. CONTROVÉRSIA FÁTICA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato que demitiu o ora recorrente (arts. 137, I e III; 138, XIV; e 153, V, da Lei Complementar Estadual 13/1994) por erro médico, por ter feito procedimento cirúrgico equivocado em menor de idade, em razão de troca de pacientes, no Hospital Regional Chagas Rodrigues, em Piripiri-PI, tendo sido, em procedimento disciplinar anterior, o impetrante apenado com medida de suspensão por realizar procedimentos cirúrgicos de histerectomia e prostatectomia em dois pacientes no Hospital Regional Dr. Francisco Ayres Cavalcante, em Amarante-PI, que os levou a óbito.

2. Não obstante os procedimentos administrativos estarem sujeitos a controle judicial amplo quanto à legalidade, uma vez verificado que a conduta praticada pelo servidor se enquadra em hipótese legal de demissão (art. 152 da Lei 8.112/1990), a imposição desta sanção é ato vinculado, não podendo o administrador ou o Poder Judiciário deixar de aplicá-la ou fazer incidir sanção mais branda amparando-se em juízos de proporcionalidade e de razoabilidade. Na mesma linha: MS 21.197/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 10.2.2016; MS 18.504/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 18.122/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 20.2.2013; MS 15.690/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.12.2011; MS 15.437/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 26.11.2010; MS 11.093/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 2.6.2015; RMS 35.667/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.9.2013, e AgRg no REsp 1.279.598/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 31.10.2014.

3. Cabe, todavia, ao Poder Judiciário, nessas hipóteses de pena de demissão, adentrar no exame do motivo do ato administrativo, notadamente para verificar se a conduta apurada se enquadra em tais hipóteses. Em caso positivo, a pena de demissão é imposição legal inafastável.

4. O impetrante alega diversas situações fáticas confrontantes com aquilo apurado administrativamente (o que é reconhecido na própria inicial no item "DOS FATOS CONTROVERSOS" - fls. 49/e-STJ e seguintes), o que leva à conclusão que o procedimento do Mandado de Segurança não se mostra a via adequada para dirimir a controvérsia, como apontou o acórdão recorrido, já que não admissível a instrução probatória para se chegar à verdade real, ressaltando-se, nesse ponto, que o impetrante poderá utilizar as vias ordinárias judiciais.

5. "Afim, nesta via não se trabalha com dúvidas, presunções ou ilações. Os fatos têm de ser precisos e incontroversos. A discussão deve orbitar somente no campo da aplicação do direito ao caso concreto, tomando-se como parâmetro as provas pré-constituídas acostadas aos autos." (MS 8.770/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJ 9.12.2003, p. 207). No mesmo sentido: RMS 39.641/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25.11.2014.

6. Alegações de violação ao contraditório e à ampla defesa, prescrição e inexistência de antecedentes afastadas.

7. Recurso Ordinário improvido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Proseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, negando provimento ao recurso ordinário, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Diva Malerbi, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Humberto Martins." Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região)."

(ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 46150 2014.01.90247-5, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/02/2017)

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento), nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por estes fundamentos, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO – AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – AUTO DE INFRAÇÃO – MULTA – MAJORAÇÃO – CAPITAL SOCIAL – LEGALIDADE – SEPARAÇÃO DE PODERES.

1. Trata-se ação anulatória de multa decorrente de auto de infração.

2. A Lei Federal nº. 9.847/1999: "Art. 3º A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes: (...) XV - deixar de fornecer aos consumidores as informações previstas na legislação aplicável ou fornecê-las em desacordo com a referida legislação (...) Art. 4º A pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes."

3. As normas não submetem a aplicação da sanção à efetiva disponibilização do produto aos consumidores. Ademais, o auto constata a disponibilização do produto para uso. Os argumentos da apelante não afastam a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

4. Por outro lado, a multa administrativa foi aplicada no mínimo (R\$ 5.000,00) e agravada (em mais R\$ 5.000,00), com fundamento no capital social da empresa.

5. A aplicação, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), está de acordo com o artigo 3º, incisos I e II, da Lei Federal nº 9.847/99, e não possui caráter confiscatório. O capital social, critério utilizado pela autoridade administrativa, é razoável.

6. Não cabe ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir a Administração e estabelecer critérios de agravamento das sanções.

7. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5007742-04.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: J&F FLORESTAAGROPECUARIA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FABIO AUGUSTO CHILO - SP221616-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007742-04.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: J&F FLORESTAAGROPECUARIA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FABIO AUGUSTO CHILO - SP221616-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar o cancelamento de DIRF's retificadoras transmitidas em suposta ação fraudulenta de terceiro.

A r. sentença (ID 140146148) extinguiu o feito, sem a resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, por inadequação da via eleita.

Apelação da impetrante (ID 140146151), na qual requer a reforma da r. sentença. Alega que o Boletim de Ocorrência lavrado tempresunção de veracidade.

Contrarrazões (ID 140146156).

Manifestação da Procuradoria Regional da República (ID 140607404).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007742-04.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: J&F FLORESTAAGROPECUARIA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FABIO AUGUSTO CHILO - SP221616-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

O mandado de segurança exige instrução probatória documental plena no momento do ajuizamento da ação.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RETENÇÃO DE CRÉDITOS EM RAZÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO DE PLANO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1- A proteção jurisdicional que se postula por meio da ação mandamental tem sua deferibilidade submetida à verificação da presença de direito líquido e certo, ou seja, direito que se apresenta manifesto de plano na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Tal requisito é de mister relevância para o seu reconhecimento e exercício, já que o mandado de segurança não comporta dilação probatória.

2- Não é possível aferir, na via eleita, a ilegalidade da retenção dos créditos determinada pela parte recorrida, em razão de falha na prestação do serviço objeto do Contrato de Prestação de Serviços nº 98/2009 firmado entre a empresa recorrente e o Estado do Rio Grande do Sul, porquanto a verificação da adequada prestação dos serviços - que ensejaria a ilegalidade da retenção de créditos - não prescinde de dilação probatória, o que incompatível com a via eleita, que exige prova pré-constituída.

3- Agravo regimental não provido."

(AgRg no RMS 47.035/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 27/08/2015).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME DE EX-TARIFÁRIO. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL. REDUÇÃO TEMPORÁRIA DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO SOBRE BENS DE CAPITAL NÃO PRODUZIDOS NO PAÍS. ALEGAÇÃO DA IMPETRANTE DE QUE É PRODUTORA E FORNECEDORA DOS PRODUTOS BENEFICIADOS PELO INCENTIVO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO DO MANDAMUS SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, CASSANDO-SE A LIMINAR INICIALMENTE DEFERIDA.

1. O Mandado de Segurança exige demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado. Não admite, portanto, dilação probatória, ficando a cargo do impetrante juntar aos autos documentação necessária ao apoio de sua pretensão, como é amplamente apregoadado pelas lições da doutrina jurídica e pela jurisprudência dos Tribunais.

2. (...)

3. (...)

4. Assim, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado na inicial encontra, no caso, insuperável empecilho, dada a falta de comprovação sobre fatos essenciais, cuja elucidação demandaria atividade probatória insuscetível de ser promovida na via eleita. Precedentes desta Corte.

5. Parecer do MPF pela extinção do processo, sem resolução do mérito.

6. Mandado de Segurança extinto, sem resolução do mérito, ressalvando a possibilidade do impetrante buscar o direito alegado nas vias ordinárias.”

(MS 18998/DF, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 14/08/2013, DJe 30/08/2013)

No caso concreto, a impetrante pretende o cancelamento de DIRF's retificadoras relativas ao período de 2013 a 2017.

Alega terem sido transmitidas por fraude de terceiro.

Argumenta com a presunção de veracidade do Boletim de Ocorrência, emitido em 2 de outubro de 2018 (ID 140146135 – fls. 46/47).

De outro lado, a decisão de indeferimento da solicitação administrativa (ID 140146135 – fl. 49):

“1. Trata o presente processo de pedido de cancelamento das DIRF 2013 a 2017, em que o interessado alega não ter enviado as declarações.

2. Conforme determina as Instruções Normativas RFB nº 1671/2016, nº 1587/2015, nº 1503/2014, nº 1406/2013 e nº 1297/2012, que dispõe respectivamente sobre as DIRF de 2017, 2016, 2015, 2014 e 2013, é possível retificar as declarações eventualmente equivocadas, devendo conter todas as informações anteriormente declaradas, alteradas ou não, exceto aquelas que se pretenda excluir; e as informações a serem adicionadas, se for o caso.

3. **O contribuinte enviou diversas DIRF em cada ano-calendário, em alguns casos inclusive posteriormente aquelas que alega serem indevidas (fl 48).**

4. **Há recolhimentos em DARF condizentes em ordem de grandeza com as DIRF enviadas.**

5. Não foram apresentados documentos que comprovem as alegações do contribuinte.

6. Pelo exposto, INDEFIRO a solicitação objeto deste processo

7. À Equipe de Cobrança da Dicat/Derat para providências cabíveis.”

No caso, em que pese a existência de boletim de ocorrência, os argumentos apontados pela Receita Federal não foram infirmados por prova documental pré-constituída.

Nesse contexto, a apuração da alegada fraude demandaria a dilação probatória, inadmissível na via mandamental.

A r. sentença de extinção do feito deve ser mantida, portanto, ressalvada a possibilidade de ajuizamento de nova ação, nos termos do artigo 486, do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE PROVA – IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO – SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA.

1. O mandado de segurança exige instrução probatória documental plena no momento do ajuizamento da ação.
2. No caso concreto, pretende-se o cancelamento de DIRF's retificadoras, sob o argumento de terem sido transmitidas por fraude de terceiro. A apuração da alegada fraude demandaria a dilação probatória, inadmissível na via mandamental.
3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5000005-36.2019.4.03.6115

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: AGRICOLA BALDIN S.A.

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ GUSTAVO RODELLI SIMIONATO - SP223795-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000005-36.2019.4.03.6115

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: AGRICOLA BALDIN S.A.

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ GUSTAVO RODELLI SIMIONATO - SP223795-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A sentença (ID 63671163 – Pág. 13/17) julgou improcedente o pedido inicial. Não foram fixados honorários advocatícios, em decorrência do encargo previsto no Decreto-lei nº 1.025/69.

A embargante, ora apelante (ID - 63671163 – Pág. 20/31), sustenta a nulidade da CDA porque não teriam sido atendidos os requisitos dos artigos 202 e 203, do Código Tributário Nacional, e artigo 5º, da Lei Federal nº 6.830/80.

Afirma que a multa fiscal seria confiscatória e sustenta a inaplicabilidade da Selic.

Contrarrazões (ID - 63671163 – Pág. 38/40).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000005-36.2019.4.03.6115

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: AGRICOLA BALDIN S.A.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Passo à análise do mérito.

Da nulidade da CDA

A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, da Lei nº. 6.830/80).

No caso concreto, a certidão de dívida ativa (ID - 63671162 – Pág. 06/40) observa os requisitos dos artigos 202, do Código Tributário Nacional, e 2º, §§ 5º e 6º, da Lei Federal nº. 6.830/80.

A ora apelante não afastou, com argumentos consistentes, a presunção de liquidez dos títulos.

A jurisprudência da Sexta Turma:

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. ALEGAÇÕES AFASTADAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Certidão de Dívida Ativa foi regularmente inscrita, apresentando os requisitos obrigatórios previstos no art. 2º, § 5º, da Lei n.º 6.830/80 e no art. 202 do Código Tributário Nacional. A análise do título e do anexo discriminativo do débito que o acompanha demonstra que estão presentes os requisitos necessários para a regular execução.

2. Com efeito, os débitos inscritos em dívida ativa foram constituídos por meio de Declarações/DCTF's, constando das CDA 's a indicação da origem dos débitos, período de apuração, natureza da dívida, data do vencimento, termo inicial da incidência da atualização monetária e juros e fundamentação legal.

3. Das respetivas petições iniciais constam a legislação aplicável aos acessórios da dívida, no tocante à correção monetária, juros de mora, taxa SELIC e encargo do Decreto-Lei n.º 1.025/69. Há que se considerar, portanto, que a referida certidão goza da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, produzindo, inclusive, o efeito de prova pré-constituída, conforme preceitua o art. 3º da Lei n.º 6.830/80.

4. Considerando que a CDA goza de presunção de liquidez e certeza e que a apelante não apresentou qualquer prova inequívoca de sua nulidade (art. 204 do CTN), claramente não prosperam suas alegações.

5. Os argumentos expendidos neste agravo interno não denotam a presença de elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo Interno improvido.

(TRF3, AC 0005423-75.2016.4.03.6105, SEXTA TURMA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/12/18)

Multa tributária e o princípio da vedação ao confisco

A multa é obrigação tributária acessória (artigo 113, § 2º, do Código Tributário Nacional).

O Supremo Tribunal Federal entende que o percentual da multa deve ser limitado ao valor do tributo: ARE 938538 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 30/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016; RE 733656 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014.

No caso concreto, a multa foi aplicada no percentual de 20%.

A incidência é regular.

Da aplicação da Taxa Selic

O artigo 161, *caput* e §1º, do Código Tributário Nacional, estabelece: "*O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês*".

No caso em análise, o artigo 13 da Lei nº. 9.065/95, descrito na Certidão de Dívida Ativa, dispõe de modo diverso e determina a aplicação da taxa Selic.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973:

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.*

4. *O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 582461, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação do bis in idem. / Taxa SELIC. Aplicação para fins tributários. Inconstitucionalidade. / Multa moratória estabelecida em 20% do valor do tributo. Natureza confiscatória."*

5. *Nada obstante, é certo que o reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.*

6. *Com efeito, os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).*

7. *Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.*

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 provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.*

(REsp 879.844/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 25/11/2009).

A incidência da taxa Selic, na correção de débitos fiscais, é a expressão do princípio da equidade, em matéria tributária. Isto porque a restituição devida, pelo poder público, aos contribuintes, também é submetida ao mesmo índice.

O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, ressaltou: a aplicação da taxa Selic propicia "*rigorosa igualdade de tratamento entre o contribuinte e o fisco*" (ADI nº 2214-MC/MS, rel. o Min. Maurício Correa; ADI-MC nº 1933, rel. o Min. Nelson Jobim).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da Selic nas execuções fiscais:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL RURAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO POSSUIDOR DIRETO (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO/POSSUIDOR INDIRETO (PROMITENTE VENDEDOR). DÉBITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEI 9.065/95.

(...)

10. *A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95 (Precedentes do STJ: REsp 947.920/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 21.08.2009; AgRg no Ag 1.108.940/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009; REsp 743.122/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 30.04.2008; e EREsp 265.005/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005).*

11. Destarte, vencido o crédito tributário em junho de 1998, como restou assente no Juízo a quo, revela-se aplicável a Taxa selic, a título de correção monetária e juros moratórios.

13. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular: (REsp 1073846/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

Sem condenação em honorários advocatícios, em decorrência do encargo previsto no Decreto-lei nº 1.025/69.

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação.**

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA: PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA – MULTA CONFISCATÓRIA NÃO VERIFICADA - TAXA SELIC: APLICABILIDADE.

1. A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, da Lei nº. 6.830/80).
2. No caso concreto, a certidão de dívida ativa observa os requisitos dos artigos 202, do Código Tributário Nacional, e 2º, §§ 5º e 6º, da Lei Federal nº. 6.830/80.
3. A ora apelante não afastou, com argumentos consistentes, a presunção de liquidez dos títulos.
4. O Supremo Tribunal Federal entende que o percentual da multa deve ser limitado ao valor do tributo: ARE 938538 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 30/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016; RE 733656 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014.
5. No caso concreto, a multa foi aplicada no percentual de 20%.
6. A incidência é regular.
7. A incidência da taxa Selic, na correção de débitos fiscais, é a expressão do princípio da equidade, em matéria tributária.
8. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 0003503-46.2016.4.03.6144

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

APELANTE: ROBERTSHAW SOLUCOES DE CONTROLES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0003503-46.2016.4.03.6144

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

APELANTE: ROBERTSHAW SOLUCOES DE CONTROLES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta por ROBERTSHAW SOLUÇÕES DE CONTROLE LTDA contra sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, diante da homologação administrativa de compensação sem a intervenção do juízo, considerando descabida a condenação em honorários e mantendo as custas processuais pela requerente.

Deu-se à causa o valor de R\$ 205.278,62.

A autora pleiteou o reconhecimento da inexigibilidade dos débitos oriundos do processo administrativo 10880.928.996/2014-19 e da homologação parcial de DCOMP, dado que, em apertada síntese, não poderia o agente fiscal “ter descondiderado o valor das estimativas da CSLL nos meses de outubro a dezembro de 2008, no valor de R\$ 322.820,65, pois esse mesmo valor já está sendo cobrado no processo administrativo 10880.909.153/2013-32 (período de 2007) período objeto de compensação não homologada”.

A União Federal contestou o pedido.

Em momento posterior, a União informou a homologação administrativa do pedido de compensação e requereu a extinção do feito sem julgamento do mérito (fls. 138/141).

Após sentença e rejeição de aclaratórios, a autora interpôs apelo procurando a condenação da União Federal em honorários, vez que o ajuizamento se deu pela cobrança indevida e a retificação do ato administrativo derivou daquele ajuizamento.

Em contrarrazões, a União aduz que a causa de pedir trazida pela autora foi rejeitada, sendo a compensação homologada pela possibilidade de utilização do saldo negativo com a antecipação do tributos recolhido por estimativa antes da ocorrência do fato gerador e do lançamento do crédito tributário do tributo lançado por estimativa, tendo em vista a formalização do crédito tributário pelo confissão de dívida do pedido repetitório (arts. 6º e 74, § 6º, da Lei 9.430/96).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003503-46.2016.4.03.6144

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

APELANTE: ROBERTSHAW SOLUCOES DE CONTROLES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em petição (fls. 123/127 - 140677865), quando ainda não prolatada a sentença, a autora destacou que “(o) próprio Agente Fiscal, ao se manifestar a respeito do processo, reconhece que o litígio gira em torno da possibilidade de glosar ou não estimativas compensadas não homologadas, além disso, reconhece que o referido despacho decisório foi emitido sob o entendimento que estimativas objeto de compensações não homologadas não podem compor o saldo negativo”.

Sob o espeque da Solução de Consulta COSIT 18/06 e do entendimento administrativo de que não é possível a glosa no saldo negativo de IRPJ/CSLL de estimativas compensadas e não homologadas, a autora pleiteou a reapreciação da causa pela Fazenda Nacional.

Ao responder o pleito, a União informou ter encaminhado as alegações do autor à Receita Federal, provocando a revisão de ofício do despacho decisório e a homologação da compensação, expressamente aplicando o entendimento apontado pela autora e a Solução de Consulta COSIT 18/06 (fls. 138/140).

O curso dos fatos desde o ajuizamento da ação denotam claramente a inexigibilidade dos débitos impugnados pela autora e que, sem a propositura da ação judicial e a exposição das respectivas razões, a cobrança indevida não seria retificada pela Fazenda Nacional. Nesse sentir, à luz do princípio da causalidade, fica configurada a responsabilidade da União Federal para com a necessidade do ajuizamento, provocando a responsabilidade também quanto aos ônus sucumbenciais decorrentes do ajuizamento.

Assim já foi decidido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PROCEDENTE. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPESSOAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS EFICIÊNCIA (ART. 37, CF), ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC). 2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o decisum, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais. 3. A Embargante demonstrou documentalmente a integral quitação do valor estampado na CDA nº 80.6.11.039518-28. 4. As DCTFs, DACONs e os comprovantes de pagamento (DARFs) de fls. 35, 39, 51/59 e 68/85 comprovam que a Embargante, mediante a apresentação de declarações retificadoras, demonstrou à Receita Federal a quitação integral do valor de R\$ 656.057,07, devido a título de COFINS referente à competência de 08/2005. 5. Segundo admite a própria Embargante, a cobrança do valor ora executado se deve ao equívoco ocorrido na ocasião da apresentação da Declaração de Compensação (PER/DCOMP) no 01114.71121.091105.1.3.04-8407 em 09/11/2005, em que a Embargante entendeu, à época, ter recolhido R\$147.013,11 a maior na ocasião do pagamento da DARF destinada a quitar a COFINS da competência de 08/2005, compensando este suposto crédito com o débito referente à COFINS da competência de 10/2005 (fls. 40/44). 6. No entanto, a Embargante espontaneamente verificou o equívoco cometido, e apresentou declarações retificadoras posteriormente, de modo que restou comprovado nos autos, mediante as DCTFs, DACONs e os comprovantes de pagamento (DARFs) de fls. 48/50, 60/67 e 86/102, que a Embargante demonstrou à Receita Federal a quitação integral do valor de R\$ 702.026,77, devido a título de COFINS referente à competência de 10/2005. 7. O pagamento deste último valor foi realizado por meio de DARFs e DCOMPs distintas das utilizadas para a quitação da COFINS da competência de 08/2005, ou seja, não houve a utilização em duplicidade de qualquer montante pecuniário anteriormente utilizado. 8. Vislumbra-se a partir da análise da prova documental encartada aos autos que o crédito declarado e supostamente não pago pela executada foi, na realidade, devidamente pago, não obstante tenha havido erro material no preenchimento das informações constantes da Declaração de Compensação (PER/DCOMP) no 01114.71121.091105.1.3.04-8407 originalmente apresentada em 09/11/2005. 9. Ainda que a Embargante não tenha procedido ao cancelamento da referida PER/DCOMP, é inegável que o crédito executado encontra-se extinto pelo pagamento, nos termos do art. 156, I do CTN, não podendo persistir sua cobrança judicial tão-somente em razão do não cancelamento de uma declaração erroneamente apresentada pelo contribuinte, mormente porque todas as declarações retificadoras foram apresentadas pela Embargante à RFB em 02/2010 e 09/2010, sendo que o crédito tributário ora em execução foi inscrito em dívida ativa somente em 03/2011. 10. A embargante obteve êxito em afastar a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa, pois demonstrou cabalmente o fato constitutivo de seu direito consoante preceitua o artigo 333, I, do Código de Processo Civil de 1973. 11. As declarações retificadoras foram apresentadas pela embargante em data anterior à inscrição do débito e, assim, não há que se falar que o ajuizamento do executivo tenha decorrido de erro da parte executada e em afronta ao princípio da causalidade na condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios. 12. Agravo interno a que se nega provimento. (ApelRemNec 0035194-03.2012.4.03.6182 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/07/2020)

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE DCOMP. INDEFERIMENTO POR FORÇA DO ART. 109 DA IN RFB 1.717/17. CARACTERIZAÇÃO DE ERRO FORMAL E NÃO DE MAJORAÇÃO OU INCLUSÃO DE DÉBITOS. ANULAÇÃO DA DECISÃO, PERMITINDO O PROCESSAMENTO DA COMPENSAÇÃO. PRERROGATIVA DE A ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA EXAMINAR O ACERTO DAS CONTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, COM INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. Esta Sexta Turma tem posição sedimentada no sentido de que “a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente” (AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5020036-26.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/01/2020). É o caso dos autos: tendo o d. Magistrado encontrado na lei e na jurisprudência as razões para rechaçar a pretensão inicial, isso é o quanto basta “não sendo possível confundir julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação” (STJ: AgInt no AREsp 1536433/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 19/12/2019). A propósito, “o STF tem orientação no sentido de que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes)...” (ARE 1240669 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-284 DIVULG 18-12-2019 PUBLIC 19-12-2019). Nulidade da sentença afastada. 2. A causa tem por origem decisão administrativa denegatória de requerimento administrativo no sentido de retificar débitos de IRPJ/CSLL informados em DCOMP, pois, equivocadamente, aglutinou todos os valores devidos no ano de 2012 como débitos devidos apenas em dezembro do mesmo ano. Nos termos da autoridade fazendária, qualquer retificação que venha a ser feita para aumentar o número de débitos declarados em uma DCOMP representa a inclusão de novos débitos, esbarrando no art. 109 da IN RFB 1.717/17. 3. A discrepância encontrada entre os valores declarados e aqueles que se queria retificar foi identificada pela autoridade fazendária, informando a autora que parte dos débitos foram objeto do parcelamento especial previsto na Lei 12.966/14. O fato foi confirmado pela própria Administração. Ainda, após exame dos balancetes mensais no período, afirma que “(o)s valores apurados nesses livros coadunam-se com os valores informados nas fichas 11 e 16 da DIPJ 2013. Registre-se que a análise efetuada nesses valores foi sintética, no que se refere aos valores das adições e exclusões para apuração de cálculo dos tributos”. 4. A partir de seu teor, a motivação encontrada na decisão administrativa deu-se pelo fato de a inclusão das demais competências do ano de 2012 encontraria vedação na aludida norma administrativa, sem discussão sobre os valores apresentados. Nesse sentir, trouxe a autora termo de constatação assinado pela KPMG. 5. As informações trazidas no termo não foram contrastadas em contestação ou contrarrazões, ou mesmo no ato administrativo que se deseja anular, reforçando que o fundamento para o indeferimento foi apenas a inclusão de novas competências, e não o valor em si. Por esta razão, indicando a autora o montante global dos débitos a que se pretendia compensar, com a devida correção e incidência de juros, não há que se falar em majoração dos débitos, mas sim em equívoco no fornecimento de dados daqueles débitos – incluindo todos os valores de todo o ano corrente na apuração de dezembro de 2012. Equívoco esse eminentemente formal, já que não houve subtração de débitos na prática. 6. Ciente a Administração do equívoco quando ainda em curso a análise da DCOMP, e amuindo com o fato de os valores contidos em DCOMP representarem a totalidade dos débitos – munida esta das declarações fiscais do ano, já retificadas, e dos livros contábeis -, releva-se desproporcional o indeferimento por força do art. 109 da IN RFB 1.717/17. Novamente, não se trata propriamente de inclusão de novos débitos ou de majoração, mas apenas de correção de erro na identificação dos valores a que se pretendia compensar, invocando a incidência do art. 147 do CTN. 7. Afastada a motivação dada pela Receita Federal ao indeferir o pleito administrativo, é de se julgar procedente o pedido no sentido de anular aquela decisão e permitir o processamento da compensação. A medida não afasta a prerrogativa de o órgão fazendário verificar a exatidão das contas apresentadas pela autora, atendendo-se ao teor do art. 142 e 150 do CTN, mas apenas que aquele processamento não encontra óbice no art. 109 da IN RFB 1.717/17, caracterizada a existência de erro formal. 8. Em atenção à aludida prerrogativa, não se torna possível, nos presentes autos, declarar a nulidade da cobrança dos débitos objeto da compensação, respeitado o poder-dever de a Administração verificar a exatidão dos créditos e débitos. Nada obstante, pendente a compensação de apreciação conclusiva, há de se reconhecer que paira sobre os débitos o efeito da inexigibilidade. 9. Quanto aos ônus sucumbenciais, não se olvida que a origem da causa derivou de erro perpetrado pela autora. Porém, a incidência do princípio da eventualidade merece temperamento, já que a autora informou seu erro quando ainda em curso a análise administrativa da compensação, munindo a Administração de todos os dados fiscais exigidos. Ou seja, a autora foi tempestivamente diligente perante a Administração, não permitindo incuti-la nas verbas sucumbenciais. 10. Condena-se a União Federal ao ressarcimento de custas e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC/15 a partir do proveito econômico obtido com o provimento judicial – o afastamento da causa disposta no ato administrativo impugnado. Com o trânsito em julgado em favor da autora, terá o direito ao levantamento dos depósitos judiciais. (ApCiv 5007213-26.2018.4.03.6109/TRF3 – SEXTA TURMA/DES. FED. JOHONSOMDI SALVO /e- DJF3 Judicial 1 DATA: 09/06/2020)

Destarte, incumbem-se os ônus sucumbenciais à União Federal, condenando-a ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15, a partir do valor atualizado da causa, na forma da Resolução CJF 267.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo para reformar a sentença e impôr à União Federal os ônus sucumbenciais.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. COBRANÇA INDEVIDA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO FEDERAL. RECURSO PROVIDO PARA CONDENAR A UNIÃO AO RESSARCIMENTO DE CUSTAS E AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1.O curso dos fatos desde o ajuizamento da ação denotam claramente a inexigibilidade dos débitos impugnados pela autora e que, sem a propositura da ação judicial e a exposição das respectivas razões, a cobrança indevida não seria retificada pela Fazenda Nacional. Nesse sentir, à luz do princípio da causalidade, fica configurada a responsabilidade da União Federal para com a necessidade do ajuizamento, provocando a responsabilidade também quanto aos ônus sucumbenciais decorrentes do ajuizamento.

2.Incumbem-se os ônus sucumbenciais à União Federal, condenando-a ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15, a partir do valor atualizado da causa, na forma da Resolução CJF 267.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo para reformar a sentença e impôr à União Federal os ônus sucumbenciais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000933-68.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: INDUSTRIAS DE PAPEL R RAMENZONI S/A

Advogado do(a) APELANTE: HORACIO VILLEN NETO - SP196793-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000933-68.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: INDUSTRIAS DE PAPEL R RAMENZONI S/A

Advogado do(a) APELANTE: HORACIO VILLEN NETO - SP196793-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar o creditamento de PIS e COFINS sobre o montante adquirido com a aquisição de aparas de papel.

A sentença (ID - 9025149) julgou o pedido inicial improcedente.

A impetrante, ora apelante (ID - 9025155), requer a reforma integral da sentença.

Afirma a possibilidade de compensação de aparas com crédito de PIS e COFINS.

Aponta violação aos princípios da isonomia, não-cumulatividade, livre concorrência, defesa do meio ambiente e busca do pleno emprego, nos termos da Constituição Federal.

Contrarrazões (ID - 9025162).

O Ministério Público Federal apresentou parecer (ID - 26877185).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000933-68.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: INDUSTRIAS DE PAPEL R RAMENZONI S/A

Advogado do(a) APELANTE: HORACIO VILLEN NETO - SP196793-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-os e passo a apreciá-los nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

A apelante apura PIS e COFINS pelo regime da não-cumulatividade, nos termos da Lei Federal nº 10.637/02 e 10.833/03.

A Lei Federal nº 10.637/02:

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; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

A Lei Federal nº 10.833/03:

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; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

Houve restrição ao creditamento, nos termos da Lei Federal nº 11.196/05:

Art. 47. Fica vedada a utilização do crédito de que tratam o inciso II do caput do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e o inciso II do caput do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, nas aquisições de desperdícios, resíduos ou aparas de plástico, de papel ou cartão, de vidro, de ferro ou aço, de cobre, de níquel, de alumínio, de chumbo, de zinco e de estanho, classificados respectivamente nas posições 39.15, 47.07, 70.01, 72.04, 74.04, 75.03, 76.02, 78.02, 79.02 e 80.02 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TPI, e demais desperdícios e resíduos metálicos do Capítulo 81 da Tipi.

A interpretação do benefício fiscal é estrita, nos termos do artigo 111, do Código Tributário Nacional.

Política de Estado. A cargo do Poder Executivo.

Não cabe ao Poder Judiciário, sem a observância do rito constitucional, negar a vigência a normas jurídicas e, menos ainda, afrontar a reiterada vontade democrática do Congresso Nacional.

A jurisprudência da Sexta Turma:

AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE.

1. Pela nova sistemática prevista pelas Leis n.º 10.637/02 e n.º 10.833/03, o legislador ordinário estabeleceu o regime da não cumulatividade das contribuições ao PIS e à Cofins, em concretização ao § 12 do art. 195 da Constituição da República, inserido pela Emenda Constitucional n.º 42/03, permitindo, como medida de compensação, créditos concedidos para o abatimento das bases de cálculo.

2. Art. 3º, as Leis n.º 10.637/02 e n.º 10.833/03 elencam taxativamente os casos nos quais é cabível o desconto para fins de apuração das bases de cálculo das contribuições

3. A Lei nº 11.196/05, em seus arts. 47 e 48, suspendeu a incidência do PIS e da Cofins em relação às vendas de desperdícios, resíduos ou aparas de papel ou cartão.

4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo legal improvido.

(AMS 00010378920134036110, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2014)

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Ante o exposto, **nego provimento à apelação.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CREDITAMENTO DE PIS E COFINS – APARAS DE PAPEL: IMPOSSIBILIDADE.

1. A agravante apura PIS e COFINS pelo regime da não cumulatividade, nos termos das Leis Federais nº. 10.637/02 e 10.833/03.

2. Houve restrição ao creditamento, nos termos da Lei Federal nº 11.196/05. A interpretação do benefício fiscal é estrita, nos termos do artigo 111, do Código Tributário Nacional.

3. Não cabe ao Poder Judiciário, sem a observância do rito constitucional, negar vigência a normas jurídicas e, menos ainda, afrontar a reiterada vontade democrática do Congresso Nacional.

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010375-15.2016.4.03.6100

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

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]

Advogados do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A

APELADO: ESTEVAO PRESTACAO DE SERVICOS POSTAIS LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: MARCIO ROGERIO DOS SANTOS DIAS - SP131627-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010375-15.2016.4.03.6100

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

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]

Advogados do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A

APELADO: ESTEVAO PRESTACAO DE SERVICOS POSTAIS LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: MARCIO ROGERIO DOS SANTOS DIAS - SP131627-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo,

Relator:

Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 15/7/2020 que deu parcial provimento à apelação interposta pela referida empresa pública para afastar a extinção do processo sem julgamento do mérito e, avançando no mérito, com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I do CPC, julgou improcedente a ação.

Nas razões do presente agravo, alega a ECT, em síntese, que a cobrança em questão é decorrente de atos da recorrida, vez que o objeto postal SC207229473BR foi postado com valor declarado (R\$ 8.421,17), o qual estava sob a guarda da mesma, quando registrado o status para “avariado”.

A contraminuta foi apresentada.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010375-15.2016.4.03.6100

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

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]

Advogados do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, GLORIE TE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A

APELADO: ESTEVAO PRESTACAO DE SERVICOS POSTAIS LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: MARCIO ROGERIO DOS SANTOS DIAS - SP131627-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo,

Relator:

A r. decisão impugnada esclareceu devidamente a total ausência de provas a lastrear a pretensão de cobrança da autora/apelante/agravante.

Confira-se:

“A ECT ajuizou ação de cobrança a fim de cobrar a indenização que pagou a terceiro, usuário do serviço postal referente à encomenda SC207229473BR que estava sob tutela da ACF – ESTEVÃO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS LTDA., e que a franqueada deixou de ressarcir espontaneamente à franqueadora, infringindo previsão contratual.

Todavia, compulsando o acervo probatório coligido aos autos, verifica-se que a ECT não carrou nenhum documento comprobatório: da existência da aludida reclamação realizada pela empresa Brasil Tronic Comércio de Eletroeletrônicos Ltda.; do envio, retirada e espoliação verificada quanto à encomenda postada; do comprovante de pagamento do valor cuja indenização pleiteia. Ou seja, a parte autora não cumpriu seu ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, I do CPC, ressaltando-se que, instada a especificar provas que pretendia produzir, a ECT entendeu que todas as provas necessárias já estavam devidamente colacionadas aos autos.

Dessa forma, irretocável é a r. sentença ao consignar:

“(…) Com efeito, não há elementos nos autos suficientes para comprovar que o objeto nº SC207229473 tenha sofrido espoliação e que tal objeto tenha sido expedido, via SEDEX, pela parte ré. Também não existem provas acerca de eventual dano causado a terceiro e consequente pagamento de indenização”.

Além disso, como muito bem destacado nas contrarrazões:

“Outrossim, à terceira prejudicada pelo suposto extravio e danificação, certamente abriu uma ocorrência junto à Apelante, que posteriormente haveria de ter comunicado a Apelada, o que JAMAIS aconteceu, talvez por isso inexistiam quaisquer documentos nestes autos.

Observe d. Julgador, que a Agravante informa que a Agravada prestava contas de forma quinzenal, logo, se os fatos narrados JAMAIS chegaram ao conhecimento desta, certamente não haveria de ter a mesma repassado qualquer informação de recebimento/repasse de valores à Agravante.

Inobstante, quando do encerramento das atividades da Agravada, houve a devida prestação de contas, inclusive, com acerto final, e desde então, não se teve notícia de qualquer irregularidade”.

Dessa forma, vislumbra-se claramente que os argumentos apresentados no agravo não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão impugnada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 15/7/2020 que deu parcial provimento à apelação interposta pela referida empresa pública para afastar a extinção do processo sem julgamento do mérito e, avançando no mérito, com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I do CPC, julgou improcedente a ação.

2. Compulsando o acervo probatório coligido aos autos, verifica-se que a ECT não carrou nenhum documento comprobatório: da existência da aludida reclamação realizada pela empresa Brasil Tronic Comércio de Eletroeletrônicos Ltda.; do envio, retirada e espoliação verificada quanto à encomenda postada; do comprovante de pagamento do valor cuja indenização pleiteia. Ou seja, a parte autora/agravante não cumpriu seu ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, I do CPC, ressaltando-se que, instada a especificar provas que pretendia produzir, a ECT entendeu que todas as provas necessárias já estavam devidamente colacionadas aos autos.

3. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015756-41.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: GUSTAVO MONTE

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 489/666

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015756-41.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: GUSTAVO MONTE

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno interposto por GUSTAVO MONTE em face de decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento e manteve o sócio agravante no polo passivo da execução fiscal originária (ID 138723428).

Nas razões do agravo interno, o recorrente insiste que não houve dissolução irregular da empresa e que não exercia poder de gerência. Requer a reconsideração da decisão ou que a matéria seja submetida à apreciação do órgão colegiado (ID 1405597057).

Recurso respondido (ID 146152626).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015756-41.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: GUSTAVO MONTE

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Cuida-se de agravo interno interposto em face de decisão que negou provimento ao agravo de instrumento.

Os argumentos expendidos pela agravante não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Assim, submeto o recurso à apreciação do órgão Colegiado.

A decisão agravada: *“No caso em apreço a alegação de ilegitimidade passiva, por constituir matéria cognoscível de ofício, pode, sob esse aspecto, ser conhecida em sede de exceção de pré-executividade. Com efeito, o débito cobrado nos autos não possui natureza de dívida tributária. No entanto, o E. STJ em sede de recursos repetitivos, no julgamento do REsp nº 1.371.128 (Tema 630), decidiu que é cabível o redirecionamento para os sócios gerentes em casos de dissolução irregular da sociedade, também quanto aos débitos não tributários, com fundamento no art. 10 do Decreto nº 3.078/19 e art. 158, da Lei nº 6.404/78-LSA. Portanto, o representante legal da sociedade pode ser responsabilizado, tanto para a dívida tributária, quanto para a dívida não tributária, em razão da prática de ato com abuso de poder; infração lei, contrato social ou estatutos, ou ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade. Conforme se observa da CDA (ID 3571751), o excipiente figura expressamente como devedor corresponsável/solidário. O contrato social da sociedade executada (ID 9174060) faz prova de ser GUSTAVO MONTE seu único administrador. Destarte, mostram-se presentes os pressupostos para que o excipiente figure no polo passivo da presente demanda”.*

O entendimento do STJ:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. EXCLUSÃO DE CO-RESPONSÁVEL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. 1. "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2 do STJ).

2. É inadequada a via da exceção de pré-executividade para a exclusão de co-executado do polo passivo da execução fiscal, tendo em vista a presunção de legitimidade da CDA.

3. Constando o nome de Waldir Siqueira como corresponsável na CDA, só por meio da oposição de embargos do devedor é que se poderia, depois da instrução probatória, decidir pela sua permanência ou não no polo passivo da referida execução, devendo o julgado proferido pela Corte a quo ser anulado por vício de procedimento.

4. A exceção de pré-executividade só poderia ser admitida se demonstrado, de forma inequívoca e sem resistência fundamentada da parte exequente, a suposta irregularidade na inclusão do co-devedor na CDA, o que, no caso, não se deu.

5. A questão controvertida dos autos exige dilação probatória, com análise da amplitude da representação conferida ao agravante pela empresa estrangeira, a fim de que se verifique se ele pode ser enquadrado em alguma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1658515/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 04/12/2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO CABIMENTO NAS HIPÓTESES QUE DEMANDEM DILAÇÃO PROBATÓRIA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM SEDE DE REPETITIVO: RESP 1.110.925/SP, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 4.5.2009. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 393/STJ. AGRAVO INTERNO DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte entende não ser cabível o manejo de exceção de pré-executividade para conhecer de matérias que demandem dilação probatória, tal como ocorre na espécie, em que se pretende discutir a responsabilidade tributária dos sócios em Execução Fiscal. Precedente: REsp. 1.110.925/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4.5.2009, julgado mediante o rito do art. 543-C do CPC/1973.

2. Incidência do disposto na 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. Agravo Interno do contribuinte desprovido.

(AgInt no AREsp 1053650/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017)

Já o STF firmou o entendimento de que o encerramento **irregular** das atividades da sociedade empresária, sem sua prévia **dissolução** legal e sem o pagamento das dívidas tributárias, constitui infração de lei, autorizando a imputação de responsabilidade tributária ao administrador que praticou a aludida infração:

SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. EXECUÇÃO FISCAL. FIGURAS DO DEVEDOR E DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. A EXECUÇÃO FISCAL PODE INCIDIR CONTRA O DEVEDOR OU CONTRA O RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO, NÃO SENDO NECESSÁRIO QUE CONSTE O NOME DESTA NA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. NÃO SE APLICA A SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA O ART-134 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL; INCIDE SOBRE ELA O ART-135, ITENS I E III, DO MENCIONADO DIPLOMA LEGAL, SE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO RESULTA DE ATO EMANADO DE DIRETOR, GERENTE OU OUTRO SOCIO, PRATICADO COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO DA LEI, DO CONTRATO SOCIAL OU DO ESTATUTO. CONSTITUI INFRAÇÃO DA LEI E DO CONTRATO, COM A CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE FISCAL DO SOCIO-GERENTE, O DESAPARECIMENTO DA SOCIEDADE SEM SUA PREVIA DISSOLUÇÃO LEGAL E SEM O PAGAMENTO DAS DÍVIDAS TRIBUTARIAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PARA JULGAREM-SE IMPROCEDENTES OS EMBARGOS E SUBSISTENTE A PENHORA EMBEM DO SOCIO-GERENTE.

(RE 96607, Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ, Primeira Turma, julgado em 27/04/1982, DJ 21-05-1982 PP-04873 EMENT VOL-01255-03 PP-00801 RTJ VOL-00103-03 PP-01274)

SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. EXECUÇÃO FISCAL. OCORRENDO O DESAPARECIMENTO DA SOCIEDADE SEM LIQUIDAÇÃO REGULAR, CONFORME DETERMINA A LEI, RESPONDEM AS PESSOAS NOMEADAS NO ART. 135, III, CTN, PELOS DEBITOS FISCAIS, EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(RE 110597, Relator(a): Min. CÉLIO BORJA, Segunda Turma, julgado em 07/10/1986, DJ 07-11-1986 PP-21561 EMENT VOL-01440-03 PP-00502 RTJ VOL-00119-02 PP-00910)

Esse vetusto entendimento ecoa no STJ, no **Tema 630** dos recursos repetitivos: “Em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente.”.

A propósito, veja-se 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".

Discutir a regularidade ou não da dissolução da empresa, contrariando a CDA e o entendimento do Juízo, é impossível em agravo de instrumento, onde não há dilação probatória, como também é em simples exceção de pré-executividade porque o tema é ‘de fato’ e não envolve matéria de ordem pública.

Pelo exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Acompanho o voto do e. Relator pelo resultado, com fundamentação diversa, conforme meu voto no INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS nº 0017610-97.2016.4.03.0000/SP, pendente de julgamento final no Órgão Especial.

Compatível e necessária a instauração do IDPJ na execução fiscal quando a responsabilização é pleiteada após o ajuizamento da ação, no caso dos autos, conforme consta, o excipiente figura na CDA como devedor corresponsável.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO EM FACE DO SÓCIO. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA EXECUTADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O STF já firmou o entendimento de que o encerramento irregular das atividades da sociedade empresária, sem sua prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas tributárias, constitui infração de lei, autorizando a imputação de responsabilidade tributária ao administrador que praticou a aludida infração (RE 96607, Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ, Primeira Turma, julgado em 27/04/1982, DJ 21-05-1982 PP-04873 EMENT VOL-01255-03 PP-00801 RTJ VOL-00103-03 PP-01274)

2. Esse vetusto entendimento ecoa no STJ, no Tema 630 dos recursos repetitivos: “Em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente.”.

3. A propósito, veja-se 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".

4. Discutir a regularidade ou não da dissolução da empresa, contrariando a CDA e o entendimento do Juízo, é impossível em agravo de instrumento, onde não há dilação probatória, como também o é em simples exceção de pré-executividade porque o tema é 'de fato' e não envolve matéria de ordem pública.

5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Souza Ribeiro acompanhado pela conclusão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5003524-25.2019.4.03.6113

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: SUPERMERCADO SUPER BARRETOS LTDA.

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5003524-25.2019.4.03.6113

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: SUPERMERCADO SUPER BARRETOS LTDA.

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que negou provimento à apelação, em mandado de segurança destinado a afastar a cobrança de IRPJ e CSLL sobre os juros de mora e a correção monetária, inclusive a Taxa Selic, aplicados sobre depósitos judiciais e repetições de indébito tributário, coma compensação de valores.

A impetrante, ora agravante (ID 141553722), requer a reforma da r. decisão. Argumenta coma inconstitucionalidade da incidência tributária. Aduz, ainda, a adequação da via mandamental para o reconhecimento do crédito tributário, passível de compensação administrativa.

Resposta (ID 144682009).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003524-25.2019.4.03.6113

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: SUPERMERCADO SUPER BARRETOS LTDA.

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

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

As razões de agravo interno não infirmam a decisão.

A taxa Selic incidente na repetição de valores e nos depósitos judiciais implica acréscimo patrimonial tributável pelo IRPJ e pela CSLL.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de julgamentos repetitivos:

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. 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 nº 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. nº 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).

Precedente recente desta Turma: TRF3, ApCiv 5002576-78.2018.4.03.6126, 6ª Turma, Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, - Intimação via sistema DATA: 25/07/2019.

Não se ignora que a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 7.713/88, do artigo 17, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, e do artigo 43, inciso II e § 1º, do Código Tributário Nacional (Arguição de Inconstitucionalidade nº 5025380-97.2014.4.04.0000).

A questão, antes considerada de natureza infraconstitucional, chegou ao Supremo Tribunal Federal.

Embora reconhecida a repercussão geral sobre o tema, o Ministro Dias Toffoli, relator do RE 1063187/SC, não determinou o sobrestamento dos feitos correlatos.

Até este momento, a questão não foi decidida de modo definitivo.

Não há pronunciamento apto a vincular este Juízo à posição defendida pela impetrante.

No mais, é viável o reconhecimento do direito à compensação administrativa na via mandamental.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OPERAÇÕES DE VENDA DE VEÍCULOS NOVOS - ANTECIPAÇÃO DO RECOLHIMENTO - IMPORTÂNCIA PAGA A MAIOR - LEGITIMIDADE DO SUBSTITUÍDO PARA REQUERER A RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - INOCORRÊNCIA - LC 87/96, ART. 10 - CTN, ART. 150 - PRECEDENTES STJ.

(...)

- O mandado de segurança é via adequada para pleitear a declaração do direito à restituição ou compensação das importâncias pagas a maior, por isso que constitui questão apenas de direito.

- Recurso conhecido e parcialmente provido.

(STJ, RMS 9627 / MS, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Segunda Turma, julgado em DJ 01/08/2000, p. 216)

Entretanto, no caso concreto, indeferido o pedido principal, resta prejudicado o pleito compensatório.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo interno.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO – TRIBUTÁRIO – SELIC APLICADA SOBRE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DEPÓSITOS JUDICIAIS – IRPJ E CSLL.

1. A taxa Selic incidente na repetição de valores e nos depósitos judiciais implica acréscimo patrimonial tributável pelo IRPJ e pela CSLL. Repetitivo do Superior Tribunal de Justiça.
2. No caso concreto, indeferido o pedido principal, resta prejudicado o pleito compensatório.
- 3- Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027066-14.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NOVARTIS BIOCIENTIAS SA

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO EVANGELISTA MUNHOZ - SP371221-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027066-14.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NOVARTIS BIOCIENCIAS SA

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO EVANGELISTA MUNHOZ - SP371221-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a dedução de despesas com o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) do lucro tributável, para efeito de cálculo do IRPJ, nos termos da Lei Federal n.º 6.321/76, sem as restrições dos decretos regulamentares posteriores, com a restituição ou compensação de valores.

A sentença (ID - 134355472), integrada pela decisão que acolheu os embargos de declaração (ID - 134355732), julgou o pedido inicial procedente.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Nas razões de apelação (ID 134355734), a União requer a reforma da sentença. Argumenta com a legalidade das normas regulamentares. Aduz a inadequação da via mandamental quanto ao pedido de restituição do indébito.

Contrarrazões (ID - 134355741).

O Ministério Público Federal apresentou parecer (ID - 135278623).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027066-14.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NOVARTIS BIOCIENCIAS SA

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO EVANGELISTA MUNHOZ - SP371221-A

VOTO

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-os e passo a apreciá-los nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Passo à análise do mérito da presente demanda.

A dedução das despesas decorrentes do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) é aplicada, em dobro, sobre o lucro tributável, limitada a 5%, nos termos da Lei Federal nº 6.321/1976:

*“Art 1º As pessoas jurídicas poderão **deduzir, do lucro tributável** para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base, em programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei.”*

O artigo 1º, do Decreto nº 5/1991, e o artigo 641, do Decreto nº 9.580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda), reduzem a amplitude do benefício legal:

“Art. 1º. A pessoa jurídica poderá deduzir, do Imposto de Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em Programas de Alimentação do Trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTPS, nos termos deste regulamento.”

“Art. 641. A pessoa jurídica poderá deduzir do imposto sobre a renda devido o valor equivalente à aplicação da alíquota do imposto sobre a soma das despesas de custeio realizadas no período de apuração, no PAT, instituído pela Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, nos termos estabelecidos nesta Seção (Lei nº 6.321, de 1976, art. 1º).”

A interpretação de benefício fiscal é restritiva, mas não sufraga a redução infralegal dos parâmetros firmados em lei. Ilegais os dispositivos que exorbitam a função regulamentar.

A jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO - APLICAÇÃO DE MULTA.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, sendo incabíveis para: a) compelir o Juiz ou Tribunal a se debruçar novamente sobre a matéria já decidida, julgando de modo diverso a causa, diante de argumentos "novos"; b) compelir o órgão julgador a responder a 'questionários' postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão; c) fins meramente infringentes; d) resolver "contradição" que não seja "interna"; e) permitir que a parte "repise" seus próprios argumentos; f) prequestionamento, se o julgado não contém algum dos defeitos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

2. Restou claro da fundamentação que ao contrário do que sustenta a UNIÃO, a Lei nº 9.532/97, em seu art. 5º, não chancelou a dedução do dobro das despesas com o PAT do imposto de renda devido, mas apenas estabeleceu que as despesas relativas ao PAT, deduzidas diretamente do lucro tributável, devem ser limitadas a quatro por cento do imposto de renda devido.

3. O acórdão também assentou que o adicional do imposto de renda não sofre qualquer dedução em virtude do benefício fiscal analisado, pois como já dito o dobro das despesas com o PAT é deduzido do lucro tributável, calculado antes do adicional do imposto de renda. Portanto, não há qualquer violação ao art. 3º, § 4º, da Lei nº 9.249/95, na medida em que nada é deduzido diretamente do adicional do imposto de renda.

4. Ou seja, o acórdão analisou fundamentada e suficientemente a questão posta em desate, de forma que se o embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado para a consecução desse desiderato.

5. A simples leitura do acórdão embargado permite concluir sem qualquer esforço o propósito manifestamente protelatório destes aclaratórios.

6. Nos termos do § 2º do art. 1.026 do CPC/15, ora em vigor, o caso de embargos de declaração protelatórios pode ser reprimido com a multa de até 2% sobre o valor da causa (R\$ 20.000,00) atualizado, a ser paga em favor do embargado, o que deve se aplicar aqui diante do evidente caráter procrastinatório do presente recurso. O valor da causa será corrigido conforme a Res. 267/10-CJF.

7. Recurso conhecido e improvido, com aplicação de multa.

(AMS 00002544320134036128, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/08/2016)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. SISTEMÁTICA DE APURAÇÃO DO INCENTIVO FISCAL. LEI Nº 6.321/76. DECRETOS REGULAMENTADORES E INSTRUÇÕES NORMATIVAS. HIERARQUIA DAS LEIS. ILEGALIDADE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UF IMPROVIDAS.

- A Lei nº 6.321/76, em seu art. 1º, permitiu a dedução, do lucro tributável para fins de apuração do imposto sobre a renda, do dobro das despesas comprovadamente realizadas pelas empresas em programas de alimentação do trabalhador (PAT) na forma que dispusesse o regulamento.

- As normas infralegais extrapolaram os limites da legalidade ao estipular sistemática de dedução do lucro tributável, relativo a despesas com programas de alimentação do trabalhador, distinta da lei de regência, restringindo o alcance do benefício legal, implicando num aumento no valor final do imposto de renda.

- 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 caso concreto, o ajuizamento da ação ocorreu em 29/10/2012, na vigência da Lei 10.637/2002, que passou a admitir a compensação entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, ressalvando-se o disposto no art. 26 da Lei 11.457/07, tornando desnecessário o prévio requerimento administrativo. No entanto, 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.

- In casu, ressalvado, 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 e o quantum, que está adstrito aos valores devidamente comprovado nos autos.

- 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. -Remessa oficial e apelação da UF improvidas.

(AMS 00112381920124036000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2017)

É viável a compensação ou restituição do indébito.

O mandado de segurança foi impetrado em 19 de dezembro de 2019.

Aplica-se o prazo prescricional **quinquenal** (STF, RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540).

A Súmula nº. 461, do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "**O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado**".

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. FACULDADE DO CREDOR. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1. "A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido" (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. **A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor 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.** Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. N° 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. N. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010).

É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), **segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação** (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal nº. 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação e à remessa necessária.**

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - DEDUÇÃO DAS DESPESAS DECORRENTES DO PAT - ILEGALIDADE DOS DISPOSITIVOS EXORBITANTES DA FUNÇÃO REGULAMENTAR.

1. A dedução das despesas decorrentes do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) é aplicada em dobro, sobre o lucro tributável, nos termos do artigo 1º, da Lei Federal nº 6.321/1976.
2. A interpretação de benefício fiscal é restritiva, mas não sufraga a redução infralegal dos parâmetros firmados em lei. Ilegais os dispositivos que exorbitam a função regulamentar.
3. É viável a compensação ou restituição do indébito, observada a prescrição quinquenal.
4. Súmula nº. 461, do Superior Tribunal de Justiça: "*O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado*".
5. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002498-59.2020.4.03.6144

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

APELANTE: PROATIVE SOLUCOES EM TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, SERVICIO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI

Advogado do(a) APELANTE: HENRI MATARASSO FILHO - SP316181-A
Advogado do(a) APELANTE: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A
Advogado do(a) APELANTE: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, PROATIVE SOLUCOES EM TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA., SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, SERVICIO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI

Advogado do(a) APELADO: HENRI MATARASSO FILHO - SP316181-A
Advogado do(a) APELADO: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A
Advogado do(a) APELADO: PRISCILLA DE HELD MENA BARRETO SILVEIRA - SP154087-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

ID. 147981016. O SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI, e o SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI, apelaram requerendo em preliminar a intervenção no processo na qualidade de assistentes litisconsorciais da União Federal, na forma do art. 18, parágrafo único, do CPC, subsidiariamente, caso não admitida a assistência litisconsorcial, a intervenção no processo na qualidade de assistentes simples da União Federal, na forma do art. 119 do CPC, considerando que os efeitos de eventual sentença de procedência recairão diretamente sobre estas entidades em demanda em que a impetrante objetiva a concessão da segurança para abster-se do recolhimento das contribuições destinadas ao SESI e ao SENAI, tendo em vista que a exigência de tais contribuições revelar-se-ia inconstitucional por ofensa ao artigo 149, § 2º, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal, que foi alterado pela Emenda Constitucional nº 33/2001. Subsidiariamente, busca o reconhecimento de seu suposto direito ao recolhimento das contribuições destinadas ao SESI e ao SENAI observado um limite de 20 (vinte) salários-mínimos sobre a base de cálculo.

Não há dúvida de que, no intuito de evitar que terceiras pessoas sofram os efeitos da decisão (sentença e acórdão) produzida para solucionar conflito entre autor e réu, nosso direito processual permite que elas *intervenham* no processo a fim de que dele se utilizem para defender seus direitos ou interesses, mas sujeitando-se à decisão final da lide.

Uma dessas formas de intervenção é a assistência, simples ou litisconsorcial.

O assistente é titular de uma relação jurídica de direito material diversa daquela discutida em juízo entre autor e réu; mas essa relação “terceira” possui uma ligação, de tal modo que os efeitos produzidos pela decisão sobre a lide originária podem atingir a relação material do “terceiro”.

Tratando-se do assistente simples, deve ser visível a necessidade de haver um interesse jurídico por parte do assistente, para que ele possa intervir no feito.

A questão do alcance desse interesse jurídico tem sido um dos enigmas do processo civil e não foi resolvido pelo CPC atual (art. 119).

O conceito é vago e dentro dele podem caber – ou não – infinitas situações, mas é preciso que essa situação seja sempre relevante para a ordem jurídica, de sorte que o mero interesse econômico ou de fato não habilita o ingresso de quem deseja figurar como assistente de uma das partes.

Assim, a relação agitada por quem pretende a assistência deve ser examinada ‘cum granum salis’ no sentido de se evitar o prejuízo de quem afirma poder vir a sofrer um prejuízo conforme seja decidida a causa; ou seja, que ocorra uma alteração na relação jurídica que vincula o terceiro à parte que ele deseja assistir.

Nesse cenário, a questão que aqui se põe pode revelar a presença de uma relação jurídica entre a União e as entidades do ‘sistema S’ que ultrapassa o simples interesse econômico (arrecadação das contribuições).

A tese discutida nos autos inevitavelmente repercutirá nas receitas do ‘sistema S’ (mantendo-as indenidas ou diminuindo-as), mas é certo que entre a União arrecadadora e as entidades desse sistema existe um ‘plus’ que ultrapassa esse interesse econômico.

O art. 240 da CF chancelou as contribuições ‘parafiscais’ destinadas ao ‘sistema S’, cabendo à União – com a unificação da arrecadação pela RFB – arrecadá-las e promover a destinação. Sucede que a União assim não procede gratuitamente, porquanto conforme o § 1º do art. 3º da Lei n. 11.457/07, as entidades remuneram os serviços prestados pela Receita Federal do Brasil-RFB no valor de 3,5% do montante arrecadado; mas Sesi e Senai podem celebrar termos de cooperação e convênios com as empresas contribuintes de tal modo que reste desnecessária a intermediação da Receita Federal-RFB no processo arrecadatório (artigos 49 do Decreto lei n. 57.357/65 e 6º e 50, do Decreto-lei nº 494/62). Ademais, se houver diminuição das receitas aqui discutidas, estará configurada uma ‘situação especial’ (tal como preveem os dois dispositivos acima enunciados) que conduza à arrecadação direta pelas entidades, com o que economizarão a remuneração que pagam à RFB.

Além disso, resta uma questão que – máxime vênias – não foi sopesada devidamente pela jurisprudência na edição do *RESP n. 1.619.954/SC, Primeira Seção*.

No caso de diminuição da carga fiscal e de pedido de repetição formulado pelo contribuinte, a quem caberá efetuar a devolução do indébito? À União, que apenas arrecadou e por isso sofrerá um empobrecimento sem causa? Aos entes parafiscais titulares do crédito, que receberam em seus cofres o numerário indébito apenas arrecadado pela RFB?

Não tenho dúvidas em afirmar que a segunda hipótese é a correta: deve ressarcir o indébito, aquele que foi beneficiado.

Sendo assim, não resta dúvida que emerge o interesse jurídico do ‘sistema S’ em assistir a União.

*Deixo bem esclarecido aqui que, de minha parte, sempre entendi – e continuo a pensar dessa forma – que os entes do ‘sistema S’ deveriam figurar como PARTES nos processos em que as exações são questionadas. Essa sempre foi a posição tradicional. Ocorre que com a superveniência do *RESP n. 1.619.954/SC, STJ-Primeira Seção*, passei a adotar a solução em homenagem ao princípio da colegialidade e respeito às decisões consolidadas das Cortes Superiores.*

Ante o exposto, **defiro** o ingresso do SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI, e do SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI nos autos, na condição de **ASSISTENTES SIMPLES** da União Federal/PFN, atentando-se para a parte final do § único do art. 119 do CPC.

INT.

Após conclusos para apreciação do mérito dos apelos.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5018962-33.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

PARTE AUTORA: JOSE RAFIC CHIQUIE SAUMA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: DANIEL CALAZANS PALOMINO TEIXEIRA - MG128887-A, RAFAEL DOS SANTOS QUEIROZ - MG103637-A, FLAVIO COUTO BERNARDES - MG63291-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5018962-33.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

PARTE AUTORA: JOSE RAFIC CHIQUIE SAUMA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: DANIEL CALAZANS PALOMINO TEIXEIRA - MG128887-A, RAFAEL DOS SANTOS QUEIROZ - MG103637-A, FLAVIO COUTO BERNARDES - MG63291-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a expedição de certidão de regularidade fiscal.

A sentença (ID - 135447814) julgou o pedido inicial procedente.

Sem recursos voluntários.

Sentença submetida ao reexame necessário.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (ID - 136349821).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5018962-33.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

PARTE AUTORA: JOSE RAFIC CHIQUIE SAUMA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: DANIEL CALAZANS PALOMINO TEIXEIRA - MG128887-A, RAFAEL DOS SANTOS QUEIROZ - MG103637-A, FLAVIO COUTO BERNARDES - MG63291-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Verifico, em juízo de admissibilidade, que os recursos ora analisados mostram-se formalmente regulares, motivados (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-os e passo a apreciá-los nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Assim dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

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

No caso concreto, na ação ordinária nº. 5001452-07.2019.4.03.6100 a União Federal reconheceu a denúncia espontânea e as multas foram extintas, julgado procedente o pedido (ID - 135447797 - Pág. 27/29):

"Trata-se de ação procedimento comum, aforada por JOSÉ RAFIC CHIQUIE SAUMA em face da UNIÃO FEDERAL, com pedido de antecipação de tutela, cujo objetivo é obter provimento jurisdicional que reconheça a denúncia espontânea realizada pela parte autora, nos termos do art. 138 do CTN, com a devida exclusão das multas moratórias, tudo conforme narrado na exordial.

A inicial veio acompanhada de documentos. O pedido de antecipação de tutela foi indeferido. Em sede de contestação a parte ré reconheceu a procedência do pedido. Manifestação da parte autora. Não sendo o caso de produção de outras provas além das documentais, vieram os autos conclusos para julgamento antecipado da lide.

(...)

Com efeito, verifico que a parte ré deixou de apresentar contestação, bem como reconheceu a procedência do pedido (Id n.º 15635436).

(...)

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a presente demanda para reconhecer a denúncia espontânea realizada pela parte autora, nos termos do art. 138 do CTN, com a devida exclusão das multas moratórias. Procedi a resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil."

O crédito não é exigível: sua certeza foi afastada pela sentença acima transcrita, em decorrência do reconhecimento, por parte da União, da denúncia espontânea.

É viável a expedição de certidão de regularidade.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL/ REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. EXPEDIÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO.

1. No caso concreto, na ação ordinária nº. 5001452-07.2019.4.03.6100 a União Federal reconheceu a denúncia espontânea e as multas foram extintas, julgado procedente o pedido (ID - 135447797 - Pág. 27/29)
2. O crédito não é exigível: sua certeza foi afastada pela sentença transcrita, em decorrência do reconhecimento, por parte da União, da denúncia espontânea.
3. É viável a expedição de certidão de regularidade.
4. No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003672-19.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: TOPICO LOCAÇÕES DE GALPÕES E EQUIPAMENTOS PARA INDÚSTRIAS S.A

Advogado do(a) APELANTE: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003672-19.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: TOPICO LOCAÇÕES DE GALPÕES E EQUIPAMENTOS PARA INDÚSTRIAS S.A

Advogado do(a) APELANTE: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a expedição de certidão de regularidade fiscal.

A sentença (ID – 75042514 - Pág. 18/21) julgou o pedido inicial improcedente.

O impetrante, ora apelante (ID – 75042514 - Pág. 28/39), afirma que os débitos estariam com a exigibilidade suspensa em decorrência de recurso administrativo interposto contra a decisão de rejeição dos pedidos de compensação, nos termos do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Requer, ainda, a imediata análise do recurso administrativo pela autoridade fiscal em decorrência da superação do prazo legal de 60 (sessenta) dias, nos termos do artigo 49, da Lei Federal nº. 9.784/99.

Contrarrazões (ID – 75042514 - Pág. 52/55).

O Ministério Público Federal não apresentou parecer (ID - 75042514 - Pág. 56).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003672-19.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: TOPICO LOCACOES DE GALPOES E EQUIPAMENTOS PARA INDUSTRIAS S.A

Advogado do(a) APELANTE: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Verifico, em juízo de admissibilidade, que os recursos ora analisados mostram-se formalmente regulares, motivados (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-os e passo a apreciá-los nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Assim dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

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

A obtenção de certidão de regularidade fiscal, pela via mandamental, demanda comprovação, de plano, do direito líquido e certo.

A suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, em decorrência de impugnação administrativa, não é automática: depende de específica previsão em regulamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. POSTERIOR APRESENTAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO ADMINISTRATIVA DE INCONFORMIDADE COM A COBRANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. A pretensão recursal reside no reconhecimento de que a manifestação de inconformidade intentada pela empresa recorrente contra a revisão de saldo de prejuízos fiscais suspende a exigibilidade do crédito tributário como qualquer outra defesa administrativa.

2. 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.

3. "A leitura do art. 151, III, do CTN revela que não basta o protocolo de reclamações ou recursos; a manifestação de inconformidade ("reclamações" ou "recursos"), para ser dotada de efeito suspensivo, deve estar expressamente disciplinada na legislação específica que rege o processo tributário administrativo. (...) Nesse sentido, a manifestação administrativa (é irrelevante o nomen iuris, isto é, "defesa", "pedido de revisão de débito inscrito na dívida ativa", ou qualquer outro) não constitui "recurso administrativo", dele diferindo em sua essência e nos efeitos jurídicos." (REsp 1.389.892/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/8/2013, DJe 26/9/2013).

4. No caso dos autos, consignou o Tribunal de origem tratar-se de instituto diverso da compensação disciplinada pelo art. 74 da Lei n. 9.430/96, bem como do processo administrativo-fiscal em sentido estrito previsto no Decreto n. 70.235/72, pois cuida-se de procedimento especificamente deduzido na MP n. 470/09, em relação ao qual não há previsão legal expressa do mencionado efeito.

5. A não impugnação do fundamento central do acórdão atrai a incidência da Súmula 283 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1451443/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014).

No caso concreto, o apelante protocolou pedidos de compensação em 22 de janeiro e 24 de fevereiro de 2016, originando os processos administrativos nº. 10.882-904013/2016-09, 10.882-904016/2016-45, 10.882-904015/2016-90, 10.882-904016/2016-34 e 10.882-904017/2016-89 (ID - 75042511 - Pág. 64/65, e ID - 75042512 - Pág. 1/28).

Em 4 de agosto de 2016, a autoridade administrativa não homologou os pedidos de compensação em razão da inexistência de créditos (ID - 75042512 - Pág. 30/34).

O apelante afirma que os débitos estariam com a exigibilidade suspensa em decorrência de recurso administrativo interposto contra a decisão de rejeição dos pedidos de compensação, nos termos do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Sem razão.

Não há prova de pendência de recurso administrativo nos processos de compensação.

Os documentos juntados pelo apelante (ID - 75042512 - Pág. 44, e ID - 75042513 - Pág. 3, 6, 9, 12) não mencionam a interposição de recursos administrativos.

É indevida a expedição de certidão de regularidade.

Prejudicado o pedido de imediata análise dos recursos administrativos pela autoridade fiscal.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Ante o exposto, **nego provimento à apelação.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS CRÉDITOS: INOCORRÊNCIA - INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A obtenção de certidão de regularidade fiscal, pela via mandamental, demanda comprovação, de plano, do direito líquido e certo.
2. A suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, em decorrência de impugnação administrativa, não é automática: depende de específica previsão em regulamento.
3. Não há prova de pendência de recurso administrativo nos processos de compensação.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5005487-11.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CHIU PING LOK

ESPOLIO: CHIU PING LOK

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face de decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido da exequente para que seja feita a alienação dos imóveis penhorados em sua totalidade e não somente da cota-parte pertencente ao executado.

Sustenta a agravante, em síntese, que o seu inconformismo cinge-se ao não acolhimento de seu pleito para a realização de leilão, com a oferta da totalidade do bem objeto de penhora à hasta, uma vez que é praticamente impossível lograr êxito no leilão de cota-parte de bem indivisível (caso dos imóveis dos autos). Ressalta que no caso específico dos autos, a outra coproprietária (YAN FUAN KWI FUA) é também grande devedora da União, pelo montante que ultrapassa os trezentos milhões de reais. Aduz que a decisão agravada tem o condão de, na prática, esvaziar a responsabilidade patrimonial do devedor, pelo simples fato da coproprietária não figurar como executada nestes autos. Acrescenta que o seu pedido encontra-se em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, notadamente com o vigente Código de Processo Civil. Conclui que em caso de provimento do presente agravo, com a determinação de alienação dos imóveis em suas totalidades, o valor das cotas de propriedade de YAN FUAN KWI FUA deve ser retido nos autos, a fim de que se possibilite a sua penhora, uma vez que se trata de grande devedora da UNIÃO, também sujeita à responsabilidade patrimonial. Requer "o provimento do presente agravo, a fim de que seja reformada a decisão de f.315 para, nos termos da legislação vigente, ser determinada a alienação dos imóveis penhorados nos autos em sua integralidade, reservando-se o valor da fração ideal pertencente à coproprietária, tudo na forma do art. 843, do nCPC. Requer, por pertinente, que em caso de alienação da totalidade do bem, não seja entregue à coproprietária dos imóveis o valor referente à sua fração ideal, pois se trata de grande devedora da União (f.305), devendo os valores permanecerem em juízo para viabilizar eventual penhora."

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

A questão vertida no presente agravo de instrumento refere-se à possibilidade de designação de data para hasta pública de imóvel indivisível em que o executado possui apenas fração ideal dele (50%).

Com efeito, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que, em execução, a fração ideal de bem indivisível pertencente a terceiro não pode ser levada a hasta pública, de modo que se submetem à construção judicial apenas as frações ideais de propriedade dos respectivos executados, in verbis:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. PENHORA. INTEGRALIDADE. BEM INDIVISÍVEL. EXISTÊNCIA DE CONDOMÍNIO. DEFERIMENTO. CONSTRUÇÃO. FRAÇÃO IDEAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC.

1. A 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. Cuida-se, in casu, da possibilidade de penhora da integralidade de bem indivisível e sob o regime de condomínio.

3. O Superior Tribunal de Justiça entende que, em execução, a fração ideal de bem indivisível pertencente a terceiro não pode ser levada a hasta pública, de modo que se submetem à construção judicial apenas as frações ideais de propriedade dos respectivos executados. Precedentes: REsp 1.404.659/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/4/2014 e REsp 1.263.518/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 4/12/2012).

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

(REsp 1573783/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/06/2016)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE BEM INDIVISÍVEL. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE VÁRIOS IRMÃOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE PENHORA DAS FRAÇÕES IDEAIS DE PROPRIEDADE DOS EXECUTADOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COMA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ.

1. O Tribunal de origem se manifestou de forma clara e fundamentada no sentido de considerar possível a penhora apenas das frações ideais do imóvel que pertencem aos co-executados, haja vista que o bem indivisível possui diversos proprietários. O cabimento dos embargos de declaração está limitado às hipóteses de omissão, contradição ou obscuridade do julgado, cabendo, ainda, quando for necessária a correção de erro material ou premissa fática equivocada sobre a qual se embasa o julgamento. Tais hipóteses não ocorreram no caso dos autos, pelo que não há que se falar em violação ao art. 535, II, do CPC.

2. A indivisibilidade do bem não lhe retira, por si só, a possibilidade de penhora, eis que os arts. 184 do CTN e 30 da Lei n. 6.830/80 trazem previsão expressa de que a totalidade dos bens do sujeito passivo responde pelo pagamento do crédito tributário ou dívida ativa da Fazenda Pública.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a alienação de bem indivisível não recairá sobre sua totalidade, mas apenas sobre a fração ideal de propriedade do executado, o que não se confunde com a alienação de bem de propriedade indivisível dos cônjuges, caso em que a meação do cônjuge alheio à execução, nos termos do art. 655-B, do CPC, recairá sobre o produto da alienação do bem.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1404659/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 07/04/2014).

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - PENHORA DE FRAÇÃO DE IMÓVEL - POSSIBILIDADE - PENHORA SOBRE FRAÇÃO PERTENCENTE A TERCEIRO - DESCABIMENTO - PRECEDENTES.

1. Esta Corte em diversos julgados firmou o entendimento de ser possível a penhora de fração ideal de imóvel.

2. A fração ideal de bem indivisível pertencente a terceiro, contudo, não pode ser levada à hasta pública, devendo a construção judicial incidir apenas sobre as frações ideais de propriedade dos executados.

3. A pretensão de rever a decisão da Corte de origem que, com base nas provas constantes dos autos, firmou a possibilidade de fracionamento do imóvel objeto da lide, encontra vedação na Súmula 07/STJ.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1263518/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 04/12/2012).

Decidiu também esta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. COPROPRIEDADE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. HASTA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Consta dos autos que, em garantia da execução fiscal, foi penhorado o percentual de 50% de um Imóvel urbano de matrícula nº 5913 de propriedade do Codevedor Roberto Aparecido de Lima.
2. Diante da indivisibilidade física do bem anterior, a agravante solicitou ao MM. Juízo a quo, a ampliação da penhora para a constrição da totalidade do referido imóvel, com fundamento no artigo 843 do CPC. No entanto, a r. decisão agravada indeferiu o pedido sob o fundamento da necessidade do resguardo da meação da Esposa do Codevedor.
3. A propriedade é direito garantido expressamente pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput e inciso XXII, bem assim no Código Civil Brasileiro, no inciso I de seu artigo 1.225. O artigo 1.046 do Estatuto Processual Civil, por sua vez, prevê a possibilidade da oposição de embargos pelo terceiro que venha a sofrer constrição em seu patrimônio em razão de dívida pela qual não é responsável.
4. A constrição sobre a parte ideal de bem indivisível pertencente a terceiro traduz violação ao direito constitucional de propriedade, na medida em que não figura como parte do processo executivo ou mesmo como responsável pelo débito objeto de execução.
5. Considerada a proteção constitucional ao direito de propriedade, não há que se falar igualmente na venda do bem indivisível em hasta pública com posterior entrega do valor correspondente à meação ao embargante. A respeito, cumpre destacar a existência de precedentes de 2008 e 2010 do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais: em execução, a fração ideal de bem indivisível pertencente a terceiro não pode ser levada a hasta pública, de modo que se submetem à constrição apenas as frações ideais de propriedade dos respectivos executados.
6. Agravo de instrumento improvido.
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016422-47.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 02/07/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/07/2019)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE DE HASTA PÚBLICA DA FRAÇÃO IDEAL DA PARTE EXECUTADA. PROTEÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE. ART. 5º, CAPUT E XXII, DA CF. RECURSO IMPROVIDO.

- O art. 1.046 do CPC/1973 (art. 674 do CPC/2015) autoriza ao proprietário ou ao possuidor a defesa de seu patrimônio objeto de penhora por meio dos embargos de terceiro, haja vista que somente o patrimônio do executado responde perante o Juízo da Execução.
- Na hipótese de vir a ser penhorado bem de propriedade comum de cônjuges casados no regime de comunhão universal de bens, é resguardado ao que não figura no processo de execução em que foi determinada a penhora, a respectiva meação.
- Em que pese já ter decidido, seguindo entendimento jurisprudencial Superior, acerca da possibilidade de alienação judicial de bens de propriedade comum dos cônjuges, desde que reservado ao meeiro não devedor a metade do preço obtido em hasta pública, curvo-me ao posicionamento adotado por esta Quarta Turma no sentido de dever ser observada a proteção ao direito à propriedade, garantido no art. 5º, caput e XXII, da CF, razão pela qual o bem penhorado, por ser indivisível, não deve ser levado à hasta pública. Precedentes do C. STJ e desta Turma.
- Consoante se depreende dos autos, a Sra. Zilda Pierina Marcolino Rosa Pala é meeira, eis que casada em regime de comunhão de bens (fl. 11 - certidão de casamento; e fls. 55/56 - certidão de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Monte Alto/SP), com o executado e proprietário do imóvel penhorado (fls. 57/58 - mandado de penhora). Portanto, a meação em tela somente responde pelos débitos executados caso o credor comprove, efetivamente, que os valores cobrados foram revertidos em benefício do executado e/ou cônjuge, o que não ocorreu na espécie (Súmula 251 do C. STJ: "a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal").
- Considerada a proteção constitucional ao direito de propriedade, não há que se falar na alienação do bem indivisível em hasta pública com posterior entrega do valor correspondente à meação ao embargante.
- Apelação improvida.
(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1744300 - 0016801-25.2012.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 21/02/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/03/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE PARCIALMENTE ACOLHIDA. PENHORA DE IMÓVEL. EXISTÊNCIA DE CONDOMÍNIO. BEM INDIVISÍVEL. HASTA PÚBLICA DA INTEGRALIDADE DO BEM. INVIABILIDADE. CONSTRIÇÃO APENAS SOBRE A FRAÇÃO IDEAL DE PROPRIEDADE DOS EXECUTADOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Cuida a controvérsia do indeferimento do pleito fazendário de penhora e preçamento de bem imóvel pertencente também a terceiros, em condomínio com os executados, mas que não guardam relação com o débito fiscal.
2. Existência de comunheiros que aparentemente nada têm a ver com o débito fiscal, sendo que todos seriam despossuídos do imóvel comum, ainda que reservada a porção que lhes caberia.
3. Inviabilidade de medida drástica, na espécie, pois haveria submissão de pessoas inocentes quanto à dívida fiscal e que seriam despojadas de patrimônio, em situação não abarcada na hipótese de comunhão matrimonial de bens.
4. Não há razoabilidade em vender imóvel que pertence a muitos, por preço, obviamente, abaixo do de mercado e assim prejudicar os que serão despojados do domínio, em função de interesse creditício do Fisco.
5. Entendimento jurisprudencial firmado no STJ, no sentido da possibilidade de penhora apenas da fração ideal do bem (REsp 1573783/RS, REsp 1404659/PB, REsp 1263518/MG).
6. "Mutatis mutandis", aqui se poderia dizer que uma "pena" estaria passando muito longe da pessoa do "infrator".
7. Agravo de instrumento improvido.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 517273 - 0026438-87.2013.4.03.0000, Rel. JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, julgado em 28/09/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/10/2017)

Tendo em vista a impossibilidade de hasta pública do bem imóvel penhorado, já que se trata de fração de bem indivisível, é de ser mantida a decisão agravada.

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil de 2015, **nego provimento** ao agravo de instrumento interposto pela União Federal (Fazenda Nacional).

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004262-18.2020.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INDUSTRIA QUIMICA ANASTACIO S A

Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

APELADO: INDUSTRIA QUIMICA ANASTACIO S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004262-18.2020.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INDUSTRIA QUIMICA ANASTACIO S A

Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

APELADO: INDUSTRIA QUIMICA ANASTACIO S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Mandado de Segurança visando assegurar o direito líquido e certo da Impetrante de afastar a exigência do IRPJ e da CSLL, previstos nas Leis nº 7.713/88 (IRPJ) e 7.689/1988 (CSLL) e alterações posteriores, sobre as quantias recebidas a título de correção monetária e juros moratórios em restituições de tributos declarados indevidos ou pagos a maior, seja judicial ou administrativamente, através da aplicação da taxa referencial Selic. Requer, ainda, que seja reconhecido o direito da Impetrante apurar o indébito referente aos valores recolhidos a maior nos termos da legislação em vigência (art. 165 e 170 do CTN e art. 74 da Lei nº 9.430/96), e recuperá-lo por meio de compensação com quaisquer tributos devidos à Receita Federal do Brasil e de corrigir, a partir do respectivo recolhimento, os valores pagos indevidamente, com a aplicação da SELIC, como prevê a Lei nº 9.250/95, tudo calculado desde o pagamento indevido até a data da efetiva compensação.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para o fim de reconhecer a inexigibilidade do IRPJ e da CSLL sobre os juros moratórios que vierem a ser auferidos pela impetrante, relativos às restituições de tributos declarados indevidos ou pagos a maior, seja na via judicial ou administrativamente, bem como autorizou a compensação, com quaisquer tributos federais, da parcela de IRPJ e da CSLL recolhidos a maior em decorrência do disposto na sentença, a partir dos últimos 5 (cinco) anos anteriores à propositura desta ação, a qual poderá ser atualizada pela variação da taxa Selic, sem quaisquer outros acréscimos. Deixou explicitado que no caso de restituição/compensação de tributos federais atualizados pela taxa SELIC, a qual compõe tanto os juros de mora quanto a correção monetária, o valor dos juros de mora a serem considerados na apuração do valor recolhido a maior a título de IRPJ/CSLL corresponderá à variação da taxa Selic, deduzida do IPCA do IBGE do mesmo período (que é o valor da correção monetária embutida nessa taxa). A compensação somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, ressalvando-se à administração tributária o direito de exigir o que eventualmente for compensado em desacordo com o que restar transitado em julgado nos autos. Extinguiu o feito com resolução 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.

Apelou a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL).

A impetrante interpôs apelo a fim de que seja reconhecida a inexigibilidade do IRPJ e da CSLL sobre a correção monetária incluída na taxa SELIC, afastando-se a incidência dos tributos sobre a taxa SELIC como um todo, bem como, a compensação dos valores recolhidos indevidamente sob este título, com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, nos últimos 5 (cinco) anos. Com contrarrazões das partes.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo regular prosseguimento do feito.

A decisão monocrática proferida por este Relator deu provimento ao apelo da União e ao reexame necessário para denegar a segurança e julgou prejudicado o apelo da impetrante.

Neste agravo interno a impetrante requer a reforma da r. decisão a fim de reconhecer o direito líquido e certo da Apelante de afastar a exigência de IRPJ e CSLL sobre as quantias recebidas a título de Taxa Selic na restituição de tributos, bem como, o direito de compensar os valores pagos indevidamente sob o mesmo título nos últimos 5 (cinco) anos atualizados pela Selic. Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004262-18.2020.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INDUSTRIA QUIMICA ANASTACIO S A

Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

APELADO: INDUSTRIA QUIMICA ANASTACIO S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

Cuida-se de agravo interno interposto pela impetrante contra decisão monocrática deste Relator, que deu provimento ao apelo da União e ao reexame necessário para denegar a segurança e julgou prejudicado o apelo da impetrante.

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O intento da empresa esbarra na jurisprudência do STJ formada em sede de processos repetitivos, 'in verbis':

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 Lein. 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 nº 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. nº 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)

No mesmo sentido: AgInt no AREsp 1196837/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018 - AgInt no REsp 1461919/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 14/03/2018 - REsp 1675619/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017.

A exceção correria por conta de norma isentiva específica, o que incoorre.

Esses são os argumentos bastantes para a solução da lide, desnecessário ingressar em outras discussões se a autoridade judiciária desde logo encontra fundamentação suficiente para deslindar o processo.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DA DEVOLUÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. POSIÇÃO DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em julgamento prolatado em sede de recurso repetitivo, o STJ já assentou ser de natureza remuneratória os juros incidentes na devolução de depósitos judiciais e indêbitos tributários (REsp 1138695/SC), entendimento replicado em julgados posteriores (REsp 1505719 / SC e AgRg nos EREsp 1463979 / SC).

2. O STJ asseverou que apesar de calculados a partir da taxa SELIC, a partir da Lei 9.703/98, há distinção entre a natureza jurídica dos juros decorrentes de depósito judicial - de caráter remuneratório -, e os juros devidos em razão da repetição de indébito - estes sim moratórios. Não obstante a diferença, ambos ensejariam a incidência do imposto de renda, pois os juros de mora configuram lucros cessantes, consubstanciando verdadeiro acréscimo patrimonial e fato gerador do IR e da CSLL.

3. Somente se a verba principal for isenta ou não representar ela mesma fato gerador do imposto, não incidirá a tributação sobre os juros de mora, obedecendo à tese de que o acessório segue seu principal. No caso, a impetrante não demonstrou que os valores obtidos caracterizam a exceção.

4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0021565-72.2016.4.03.6100

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

APELANTE: FOUR FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: EDNA FLORES DA SILVA - SP155412-A, JOSE MARNY PINTO JUNQUEIRA JUNIOR - SP81629-A, PAULO HENRIQUE PINTO JUNQUEIRA - SP320463-A, MARCUS VINICIUS PINTO JUNQUEIRA - SP263122-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A, LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0021565-72.2016.4.03.6100

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

APELANTE: FOUR FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: EDNA FLORES DA SILVA - SP155412-A, JOSE MARNY PINTO JUNQUEIRA JUNIOR - SP81629-A, PAULO HENRIQUE PINTO JUNQUEIRA - SP320463-A, MARCUS VINICIUS PINTO JUNQUEIRA - SP263122-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A, LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de ação proposta por FOUR FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA em face do CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO visando determinação para que o Conselho réu proceda ao cancelamento do registro da empresa autora excluindo-a definitivamente de seus quadros associativos bem como cancele os seus débitos existentes.

Atribuído à causa o valor de R\$ 2.994,00 (dois mil, novecentos e noventa e quatro reais).

A sentença julgou improcedente o pedido, julgando extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Diante da sucumbência processual condenou a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios que arbitrou em 10% do valor atribuído à causa devidamente atualizado nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal - ID 107045649 – pág. ¼.

Apelou a autora FOUR FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA., arguindo que a Jurisprudência está consolidada no sentido de que o critério que define a obrigatoriedade do registro junto a Apelada é a identificação objetiva da atividade-fim, básica ou natureza dos serviços, e no caso em tela, como já repetidamente mencionado, ao contrário do que constou na sentença, o objeto social da Apelante refere-se a atividade exclusivamente mercantil, tendo como atividade principal, a aquisição de títulos de crédito – ID 107045649 – pág. 6. Recurso respondido.

A decisão monocrática proferida por este Relator negou provimento ao apelo.

Em seu agravo interno alega não restar dúvidas de que a recorrente ajustou seu contrato social para a única atividade que sempre realizou e não simplificou todas as que continha o seu antigo ato constitutivo, pois seu objeto social é claro ao determinar que a recorrente realiza a COMPRA DE TÍTULOS DE CRÉDITO “provenientes” de compra e venda mercantil ou prestação de serviços que são dos segmentos industrial, comercial, serviços, agronegócio e imobiliário ou de locação de bens móveis, imóveis e serviços. A atividade da recorrente está delimitada no termo “objeto operacional principal o fomento comercial mediante a aquisição de direitos creditórios...”. Comcontraminuta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0021565-72.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

APELANTE: FOUR FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: EDNA FLORES DA SILVA - SP155412-A, JOSE MARNY PINTO JUNQUEIRA JUNIOR - SP81629-A, PAULO HENRIQUE PINTO JUNQUEIRA - SP320463-A, MARCUS VINICIUS PINTO JUNQUEIRA - SP263122-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A, LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Cuida-se de recurso de agravo interno interposto por FOUR FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA., contra decisão monocrática deste Relator, que negou provimento ao apelo.

Na situação vertente, os argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Como decidido anteriormente, a respeito do tema há precedente nesta Sexta Turma em desfavor do entendimento da autora, a saber:

"A atividade básica da parte autora é o fomento mercantil (factoring), pressupondo, portanto, conhecimentos técnicos nas áreas de administração mercadológica e de gerenciamento no ramo financeiro, de modo que envolve o trabalho especializado de administrador; nos termos do art. 2º, alínea "b" e art. 15 da Lei n.º 4.769/65, sendo de rigor seu registro no órgão competente e mostrando-se legítima a exigência imposta" (AC 0000791-90.2013.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 08/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2014).

No mesmo sentido: AC 0000791-90.2013.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 08/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2014 --- QUARTA TURMA, AC 0014098-32.2013.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 12/03/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/03/2015 --- TERCEIRA TURMA, AC 0004257-90.2011.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014.

Ademais, o STJ já entendeu que a empresa que se dedica à atividade de fomento mercantil (*factoring*) e, também, a outras atividades deve se registrar no CRA (REsp 1.587.600/SP), *in verbis* (grifêi):

ADMINISTRATIVO. EMPRESA QUE SE DEDICA À ATIVIDADE DE FACTORING. REGISTRO NO RESPECTIVO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO.

1. A Primeira Seção, no julgamento do EREsp 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).

O objeto social da empresa autora é o seguinte:

"A sociedade tem por objeto operacional principal o fomento comercial mediante a aquisição de direitos creditórios representativos de créditos originários de operações de compra e venda mercantil ou da prestação de serviços realizadas nos segmentos: industrial, comercial, serviços, agronegócio e imobiliário ou de locação de bens móveis, imóveis e serviços".

Neste ponto basta verificar que na espécie, conforme transcrito, o objeto social da empresa coaduna-se às funções típicas realizadas por um administrador, ematenção aos artigos 2º, "b" e 15, da Lei 4.769/65.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. AQUISIÇÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS REPRESENTATIVOS DE CRÉDITOS ORIGINÁRIOS DE OPERAÇÕES DE COMPRA E VENDA MERCANTIL OU DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NECESSIDADE DE REGISTRO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. No caso, a agravante oferece os serviços de aquisição de direitos creditórios representativos de créditos originários de operações de compra e venda mercantil ou da prestação de serviços realizadas nos segmentos: industrial, comercial, serviços, agronegócio e imobiliário ou de locação de bens móveis, imóveis e serviços, atividades próprias da Administração a ensejar a necessidade de registro no CRA-SP, ematenção aos artigos 2º, "b" e 15, da Lei 4.769/65.

2. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002763-04.2017.4.03.6100

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

APELANTE: SOCIE TE AIR FRANCE, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: SIMONE FRANCO DI CIERO - SP154577-A, PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SOCIE TE AIR FRANCE

Advogados do(a) APELADO: PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A, SIMONE FRANCO DI CIERO - SP154577-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002763-04.2017.4.03.6100

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

APELANTE: SOCIE TE AIR FRANCE, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: SIMONE FRANCO DI CIERO - SP154577-A, PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SOCIE TE AIR FRANCE

Advogados do(a) APELADO: PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A, SIMONE FRANCO DI CIERO - SP154577-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de ação ordinária ajuizada por SOCIE TE AIR FRANCE em face da UNIÃO FEDERAL objetivando a anulação das multas objeto dos autos de infração indicados na inicial, que lhe foram impostas com esteio no art. 107, IV, "e", do Decreto-Lei nº 37/66.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do CPC/15, julgando **parcialmente procedente** a ação apenas para anular o débito objeto do processo administrativo nº 10814008859/2007-21, uma vez que configurada a prescrição intercorrente. Diante da sucumbência recíproca, cada parte restou condenada ao pagamento de "honorários advocatícios na medida de sua sucumbência (diferença entre sua pretensão inicial e o resultado obtido ao final), que, em relação a ambas (princípio da isonomia), tomará por base os ditames dos §§3º e 5º do art. 85 do CPC, conforme vier a ser apurado em futura liquidação (§4º, II, do art. 85), sendo vedada a compensação dessas verbas (§ 14 do art. 85)". Custas *ex lege* (ID 122616627).

Opostos embargos de declaração (ID 122616631), os quais foram rejeitados (ID 122616639).

A União Federal interpôs recurso de apelação (ID 122616641). Afirma, em suma, ser inaplicável ao caso a prescrição intercorrente prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99, por se tratar de infração de natureza tributária.

A parte autora também apelou (ID 122616642). Alega, em síntese, a nulidade da autuação, diante da ausência de provas das infrações que lhe são imputadas, tendo em vista se basearem exclusivamente em planilha desenvolvida pela própria Administração; a ausência de prazo quando da vigência da redação original do art. 37 da Instrução Normativa RFB nº 28/94; a necessidade de aplicação retroativa da Instrução Normativa RFB nº 1.096/10, porquanto mais benigna; a necessidade de aplicação do instituto da denúncia espontânea ao caso; a impossibilidade de autuação de voos que chegavam ao Brasil como voos de exportação; a ofensa ao princípio da isonomia.

Com fulcro no art. 932 do CPC/15, este Relator **negou provimento** às apelações (ID 127439304).

A União interpôs agravo interno insistindo na inaplicabilidade da prescrição intercorrente prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99 (ID 129173930).

Recurso respondido (ID 130460979).

Por sua vez, a parte autora interpôs agravo interno arguindo fato novo, qual seja, a "extinção do voto de qualidade por meio do artigo 28 da Lei 13.988 de 14 de abril de 2020". No mais, requer a reconsideração da decisão monocrática uma vez que as penalidades impostas devem ser exoneradas com a aplicação do instituto da denúncia espontânea, apontando ainda para a divergência jurisprudencial demonstrada. Todavia, caso a decisão agravada não seja reconsiderada, requer a apreciação do pedido e a reforma da decisão pelo órgão colegiado (ID 132168509).

Contrarrazões apresentadas (ID 138624082).

A parte autora atravessou petição alegando a ocorrência da decadência haja vista o decurso de mais de 05 anos entre a infração e notificação do auto de infração (ID 139836023).

Manifestação da União pugnano pelo prosseguimento do feito sob a alegação de que a matéria não foi arguida anteriormente (ID 145997277).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002763-04.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO

APELANTE: SOCIE TE AIR FRANCE, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: SIMONE FRANCO DI CIERO - SP154577-A, PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SOCIE TE AIR FRANCE

Advogados do(a) APELADO: PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A, SIMONE FRANCO DI CIERO - SP154577-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, rejeito a alegação de decadência arguida pela autora.

Isso porque os prazos de decadência e prescrição da multa aplicada com fulcro no art. 107, IV, "e", do Decreto nº 37/96 – hipótese dos autos – estão disciplinados nos arts. 138, 139 e 140 do referido diploma legal, *in verbis*:

Art.138 - O direito de exigir o tributo extingue-se em 5 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

Parágrafo único. Tratando-se de exigência de diferença de tributo, contar-se-á o prazo a partir do pagamento efetuado. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

Art.139 - No mesmo prazo do artigo anterior se extingue o direito de impor penalidade, a contar da data da infração.

Art.140 - Prescreve em 5 (cinco) anos, a contar de sua constituição definitiva, a cobrança do crédito tributário. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

Na singularidade, a parte autora afirma que as infrações foram cometidas no período de **02.03.2004 a 27.03.2004**, sendo o auto de infração lavrado em **27.01.2009**, pelo que não se verifica a decadência do direito da Administração de impor a penalidade em questão.

Em outras oportunidades, já decidiu o C. STJ e esta Corte Federal:

TRIBUTÁRIO. REGIME ADUANEIRO. PERDIMENTO DE BEM. REVOGAÇÃO DE LIMINAR. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. SEGURANÇA JURÍDICA. DECADÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. 1. Na origem, cuida-se de mandado de segurança em que se suscitou a ilegalidade e abusividade no ato de apreensão e posterior aplicação da pena de perdimento de veículo, visto que o Fisco teria decaído do direito de aplicar a sanção administrativa. 2. As instâncias ordinárias reconheceram os efeitos da decadência visto que, cassada a liminar que teria autorizado o ingresso em território nacional de veículo importado usado, manteve-se inerte órgão administrativo por quase 10 (dez) anos. 3. O decurso do tempo configura pressuposto jurídico de extrema relevância, porquanto conduz à segurança jurídica das relações travadas no âmbito social, do qual não pode isentar-se o estado. Doutrina e jurisprudência. 4. "Nos termos dos artigos 138 e 139 do Decreto-lei nº 37/66, é de cinco anos o prazo decadencial para a imposição das penalidades nele previstas" (REsp 643.185/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/3/2007, DJ 29/3/2007, p. 218). 5. Com a revogação da liminar, desaparece o único fato impeditivo que limitava o poder/dever da administração de impor a sanção cabível, estabelecendo, conseqüentemente, marco inicial para que o fisco desse cumprimento à pena de perdimento, sendo que, conforme delineado, manteve-se inerte a Fazenda Pública por aproximadamente 10 (dez) anos, o torna inafastável o instituto da decadência à hipótese dos autos. Recurso especial improvido. (REsp 1379708/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015)

PROCESSUAL CIVIL. ADUANEIRO. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - II. CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. LANÇAMENTO. REVISÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 50, 138 E 139 DO DECRETO-LEI 37/66, E DOS ARTS. 149 E 150, §4º DO CTN. (...) 4. A decadência do direito de o Fisco lavrar auto de infração para impor crédito tributário e penalidade decorrentes do procedimento de importação somente ocorrerá em 5 (cinco) anos contados da data do fato gerador ou da data da infração (art. 150, § 4º do CTN e art. 139, do Decreto-Lei n. 37/66). Precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR: AMS. n. 113.701/SP, extinto TFR, Sexta Turma, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, julgado em 23.09.1987. 5. No caso dos autos, a data de entrada da mercadoria em solo pátrio se efetivou em 16/08/1985 (data do fato gerador), enquanto que o autuado protocolou impugnação administrativa contra o auto de infração em 17/11/88 (o que permite verificar que o auto de infração foi lavrado anteriormente). Portanto, não transcorrido o quinquênio previsto no art. 150, § 4º do CTN e no art. 139, do Decreto-Lei n. 37/66. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1201845/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)

ACÇÃO ANULATÓRIA - TRIBUTÁRIO - ADUANEIRO - PRESUNÇÃO DE EXTRAVIO DE MERCADORIA - CONFRONTO FINAL DE MANIFESTO - RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR - MULTA: DECADÊNCIA - ARTIGO 67, DA LEI FEDERAL N.º 10.833/2003 - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. O artigo 661, parágrafo único, do Decreto n.º 6.759/2009: "Constatado, na conferência final do manifesto de carga, extravio ou acréscimo de volume ou de mercadoria, inclusive a granel, serão exigidos do transportador os tributos e multas cabíveis." 2. No caso concreto, a autora, transportadora aérea internacional de cargas, foi autuada em decorrência de "falta de mercadoria apurada em conferência final de manifesto". É apontada como responsável pelo recolhimento dos tributos incidentes sobre a importação e da multa relativa ao extravio (artigo 106, inciso II, alínea "d", do Decreto-lei n.º 37/66). (...) 6. O artigo 139, do Decreto-lei n.º 37/66: "No mesmo prazo do artigo anterior se extingue o direito de impor penalidade, a contar da data da infração." 7. O termo inicial da contagem do prazo decadencial, para a constituição da multa, é 29 de junho de 2009, data de constatação do extravio. A notificação sobre a lavratura do auto de infração ocorreu em 23 de outubro de 2014. Contudo, embora decorrido o interregno quinquenal, não se consumou a decadência no caso. 8. A Lei Federal n.º 9.873/99: "Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. (...) Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (...)II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;" 9. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que o referido prazo, relativo ao período investigatório que antecede a constituição do crédito, é, na verdade, decadencial (REsp 1115078/RS). 10. As intimações fiscais n.ºs 227/2011 e 57/2014, expedidas respectivamente em 3 de junho de 2011 e 6 de janeiro de 2014 - atos inequívocos de apuração do fato - são causa de interrupção do prazo, portanto. 11. Os fatos ensejadores da autuação ocorreram em 2009, quando vigente a Lei Federal n.º 10.833/2003. É regular a aplicação da regra inserta no artigo 67, daquele diploma, para efeito de apuração do valor do crédito tributário, eis que ausente a mercadoria e inexistente declaração detalhada. 12. Sucumbência parcial. 13. Apelação parcialmente provida. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2220985 - 0003104-71.2015.4.03.6105, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, julgado em 09/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO. AERONAVE. REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA DE BEM. EXPIRAÇÃO DO PRAZO. NÃO ADOÇÃO DAS MEDIDAS LEGAIS PELO BENEFICIÁRIO. PENA. PERDIMENTO. REGULARIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECURSO IMPROVIDO. - No que toca à questão de decadência do direito da Fazenda Nacional de aplicar a pena de perdimento, mister a observância dos artigos 138 e 139 do Decreto nº 37, de 18 de novembro de 1966. - De rigor apurar a data da infração e da lavratura do auto de infração. A situação da aeronave passou a ficar irregular no país após o decurso do prazo concedido para a sua reexportação, ou seja, a partir de 04/09/2003 (fls. 355/359). O auto de infração nº 0815500/01251-07 foi lavrado em 05/06/2007, após processo administrativo fiscal nº 10314.005730/2007-00 (fls. 60/64), concluindo-se, assim, que foi observado o prazo de 5 (cinco) anos para a imposição da pena de perdimento à impetrante, nos termos do artigo 139 do Decreto-lei nº 37, de 18/11/1966. (...) - Apelação improvida. Embargos de Declaração prejudicados. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 344885 - 0007405-81.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 29/01/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/02/2015)

No tocante ao fato novo alegado que consiste em alteração legislativa trazida pelo artigo 28 da Lei nº 13.988/2020, *in verbis*:

Art. 28. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 19-E:

"Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte."

Entendo que não se trata de norma de caráter interpretativo de aplicação retroativa, ainda mais no caso dos presentes autos em que o processo administrativo já se encerrou.

No mais, os argumentos apresentados nos agravos internos não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas anteriormente por este Relator.

Assim, a matéria deve ser submetida ao órgão colegiado.

Nos termos do o art. 31, *caput*, do Decreto nº 6.759/09, "o transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil, **na forma e no prazo por ela estabelecidos**, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado".

Disciplinando o tema, a Instrução Normativa RFB nº 28/94, em sua redação original, determinava que o transportador deveria registrar os dados pertinentes à operação "imediatamente após realizado o embarque da mercadoria" (art. 37). A Instrução Normativa RFB nº 510/05 passou a prever prazo de **dois dias** para tal obrigação. Por fim, a Instrução Normativa RFB nº 1.096/10 dilatou tal prazo para **sete dias**.

De acordo com o art. 39 da mesma Instrução Normativa, entende-se por data de embarque da mercadoria, nas exportações por via aérea, a **data do voo** (inciso II). É o caso dos autos.

Na singularidade, consta dos autos que a autora, por diversas vezes, registrou os dados pertinentes ao embarque de mercadoria exportada **após o prazo** definido na legislação de regência, o que torna escoreita a incidência da multa prevista no art. 107, IV, "e", do Decreto-Lei nº 37/66, com redação dada pela Lei nº 10.833/03, senão vejamos:

Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas:

(...)

IV - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

(...)

e) por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga;

Pois bem.

Improcede alegação da autora de nulidade do auto de infração por ausência de prova das infrações, haja vista que a autuação foi feita com base em informações prestadas pela própria empresa no Sistema SISCOMEX.

Além disso, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção *juris tantum* de legalidade e veracidade, sendo condição *sine qua non* para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1528241 - 0004962-44.2005.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 08/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2018). Em outras palavras, cabe ao contribuinte comprovar a inveracidade do ato administrativo, o que não ocorreu no presente caso.

Pela mesma razão, não tem cabimento a alegação de que foram autuados voos que chegavam ao Brasil como voos de exportação, o que demonstraria a incorreção do ato administrativo. Como bem destacado pelo MM. Magistrado a quo:

Com efeito, em relação ao processo administrativo nº 10715-000692/2009-30, constata-se que foi considerado o voo AF 442 (ID 800266, p. 9/10). A mesma situação se manifesta em relação ao processo administrativo nº 10715-004714/2009-31 (ID nº 800924 e seguintes). Todavia, o citado DOC. 9 (ID 802671, p. 01) foi produzido pela própria autora (prova unilateral), ou seja, possui força probatória reduzida. Nessa linha, seria necessária a apresentação de um documento oficial (Certidão ou equivalente expedida pela ANAC, por exemplo), para demonstrar cabalmente a origem e o destino dos voos, o que não consta dos autos.

Também não há prova suficiente de que a Administração estaria ferindo a isonomia ao afastar a penalidade aplicada à algumas empresas em situação idêntica à da autora. É certo que **alegação e prova não se confundem** (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1604106 - 0001311-96.2003.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 22/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2018), momento diante de ato administrativo, cuja legitimidade se presume e só é afastada mediante prova cabal (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1861838 - 0005491-87.2009.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/03/2015).

Avanço.

O princípio da retroatividade da norma mais benéfica, previsto no art. 106, II, "a", do CTN, não tem qualquer relevância para o caso. A **uma**, pois estamos diante de infração formal de natureza administrativa, o que torna inaplicável a disciplina jurídica do Código Tributário Nacional. A **duas**, pois, de qualquer modo, a hipótese dos autos não se amoldaria ao que previsto no referido art. 106, II, do CTN; a novel legislação (IN RFB nº 1.096/10) não deixou de tratar o ato como infração, nem cominou penalidade menos severa, mas apenas previu um prazo maior para o cumprimento da obrigação.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 106 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. 1. "Inaplicável a disciplina jurídica do Código Tributário Nacional, referente à retroatividade de lei mais benéfica (art. 106 do CTN), às multas de natureza administrativa. Precedentes do STJ." (REsp 1.176.900/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/4/2010, DJe 3/5/2010). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1796106/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSÓRCIOS - FUNCIONAMENTO SEM AUTORIZAÇÃO - MULTA ADMINISTRATIVA - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA DOS DISPOSITIVOS - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL - REEXAME DE PROVAS: SÚMULA 7/STJ. 1. Inaplicável a disciplina jurídica do Código Tributário Nacional, referente à retroatividade de lei mais benéfica (art. 106 do CTN), às multas de natureza administrativa. Precedentes do STJ. 2. Não se conhece do recurso especial, no tocante aos dispositivos que não possuem pertinência temática com o fundamento do acórdão recorrido, nem tem comando para infirmar o acórdão recorrido. 3. Inviável a reforma de acórdão, em recurso especial, quanto a fundamento nitidamente constitucional (caráter confiscatório da multa administrativa). 4. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 1176900/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010)

Da mesma forma, não procede o pleito quanto à aplicação do instituto da *denúncia espontânea* ao caso, vez que o dever de prestar informação se caracteriza como obrigação acessória autônoma; o tão só descumprimento do prazo definido pela legislação já traduz a infração, de caráter formal, e faz incidir a respectiva penalidade.

A jurisprudência do STJ é pacífica nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA. MULTA. ATRASO NA ENTREGA. LEGALIDADE. REQUISITOS DE VALIDADE DA CDA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ARESTO ATACADO QUE CONTÉM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS SUFICIENTES PARA MANTÊ-LO. ÓBICE DA SÚMULA 126/STJ. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC/73. 2. Esta Corte preconiza o entendimento segundo o qual a aferição do preenchimento ou não dos requisitos da CDA demanda análise do suporte fático-probatório dos autos, providência vedada nesta seara recursal ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. "É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencedora não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ). 4. É cediço o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da legalidade da cobrança de multa pelo atraso na entrega da declaração de rendimentos, inclusive quando há denúncia espontânea, pois esta "não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, uma vez que os efeitos do artigo 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas" (AINTARESP 201603115057 / STJ - SEGUNDA TURMA / MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES / DJE DATA:21/06/2017)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. NÃO PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE VEÍCULO OU CARGA TRANSPORTADA. RECURSO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos, assentou que: a) não só o transportador, mas também o agente de carga (pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos) também fica obrigado a informar à Receita Federal a carga transportada, não havendo, pois, que se falar em ilegitimidade da parte autora; b) a declaração do embarque das mercadorias é obrigação acessória e sua apresentação intempestiva caracteriza infração formal, cuja penalidade não é passível de ser afastada pela denúncia espontânea. 2. A fundamentação supra é apta, por si só, para manter o decisum combatido e não houve contraposição recursal sob o ponto. Aplica-se na espécie, por analogia, o óbice da Súmula 283/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." 3. A insurgente restringe-se a alegar genericamente ofensa à citada norma sem, contudo, demonstrar de forma clara e fundamentada como o aresto recorrido teria violado a legislação federal apontada. Incide na espécie, por analogia, o princípio estabelecido na Súmula 284/STF. 4. Ademais, a instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que a análise da controvérsia demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial." 5. Agravo Interno não provido. (AIRESP 201601843283 / STJ - SEGUNDA TURMA / MIN. HERMAN BENJAMIN / DJE DATA:24/04/2017)

A alteração promovida pela Lei nº 12.350/10 no art. 102, § 2º, do Decreto-Lei nº 37/66 não afeta o citado entendimento, na medida em que a exclusão de penalidades de natureza administrativa com a denúncia espontânea só faz sentido para aquelas infrações cuja denúncia pelo próprio infrator aproveite à fiscalização.

Na prestação de informações fora do prazo estipulado, em sendo elemento autônomo e formal, a infração já se encontra perfectibilizada, inexistindo comportamento posterior do infrator que venha a ilidir a necessidade da punição. Ao contrário, admitir a denúncia espontânea no caso implicaria em tornar o prazo estipulado mera formalidade, afastada sempre que o administrado cumprisse a obrigação antes de ser devidamente penalizado.

Corroborando o que aqui decidido, destaco vasta jurisprudência desta E. Corte Federal:

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADUANEIRO. OBRIGAÇÃO DO AGENTE DE CARGA DE PRESTAR INFORMAÇÕES ACERCA DAS MERCADORIAS IMPORTADAS. RESPONSABILIDADE. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO FORMAL E AUTÔNOMA. VALOR PROPORCIONAL E RAZOÁVEL DIANTE DA INFRAÇÃO COMETIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Identificado o descumprimento pelo agente de carga da obrigação acessória quando da importação de mercadorias declaradas sob o registro MAWB 0434099151 e MAWB 18333721741, com a inclusão dos devidos dados no sistema SICOMEX-MANTRA em prazo muito superior ao exigido, é escorreita a incidência da multa prevista no art. 728, IV, e, do Decreto 6.759/09 e no art. 107, IV, e, do Decreto-Lei 37/66, de R\$ 5.000,00, totalizando o valor de R\$ 10.000,00 dada a ocorrência de infrações em diferentes operações de importação - configurando dois fatos geradores distintos e afastando a alegação de bis in idem. 2. A prestação de informações a destempo não permite incidir ao caso o instituto da denúncia espontânea, pois, na qualidade de obrigação acessória autônoma, o tão só descumprimento no prazo definido pela legislação tributária já traduz a infração, de caráter formal, e faz incidir a respectiva penalidade. 3. A alteração promovida pela Lei 12.350/10 ao art. 102, § 2º, do Decreto-Lei 37/66 não afeta o citado entendimento, na medida em que a exclusão de penalidades de natureza tributária e administrativa com a denúncia espontânea só faz sentido para aquelas infrações cuja denúncia pelo próprio infrator aproveite à fiscalização. Na prestação de informações fora do prazo estipulado, em sendo elemento autônomo e formal, a infração já se encontra perfectibilizada, inexistindo comportamento posterior do infrator que venha a ilidir a necessidade da punição. Ao contrário. Admitir a denúncia espontânea no caso implicaria em tornar o prazo estipulado mera formalidade, afastada sempre que o contribuinte cumprisse a obrigação antes de ser devidamente penalizado. 4. O quantum devido pela autora é razoável e proporcional diante das infrações cometidas e da necessidade de que o valor da multa configure penalidade adequada a coibir a prestação deficitária ou a destempo das informações alfandegárias, sobretudo diante do inenso volume de importações e exportações a serem fiscalizadas pela Receita Federal e da importância daquelas informações para o bom funcionamento da alfândega brasileira. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1966458 - 0054933-90.2012.4.03.6301, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 09/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018)

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. REGISTRO DE DADOS NO SISCOMEX PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FORA DO PRAZO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. SISCOMEX. LEGITIMIDADE DO AGENTE DE CARGA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É dever do transportador prestar informações à Secretaria da Receita Federal acerca da carga, tratando-se de obrigação acessória ou dever instrumental previsto no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, bem como mecanismo viabilizador do controle aduaneiro, nos termos do art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional, cujo descumprimento é apenado com a imposição de multa. 2. No caso vertente, conforme Auto de Infração acostado aos autos (fls. 52/75), a apelante concluiu a desconsolidação relativa ao Conhecimento Eletrônico Sub-Máster MHBL CE 151005065247332 a destempo, às 20:41 do dia 01/05/10, segundo prazo previamente estabelecido pela Secretaria da Receita Federal, com o registro extemporâneo do Conhecimento Eletrônico Agregado HBL CE 151005066545647. 3. Com vistas a anular a multa aplicada por infração ao art. 107, IV, "e", do Decreto-Lei n.º 37/66, a apelante afirma, dentre outras, que a responsabilidade deve ser imputada ao armador; que adiantou a chegada do navio no porto em 1 (um) dia. 4. A este respeito, cumpre observar que a autoridade fiscalizadora atentou para o fato de ter havido a antecipação da data de atracação, inicialmente prevista para o dia 05/05/10 às 07:00, sem que tal fato interfira no prazo legal fixado, pois, o Conhecimento Eletrônico Sub-Master MGBL CE 151005065247332 foi incluído às 09:23 de 30/04/2010, momento a partir do qual se tornou possível o registro do conhecimento eletrônico agregado. (fl. 53) 5. Por outro lado, também não merece guarida à apelante quando afirma que a responsabilidade caberia somente ao armador; pois, como agente de carga que é, tem interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação, nos termos do art. 107, IV, "e" do DL 37/66. 6. O benefício previsto no art. 138 do CTN não abrange multas por descumprimento de obrigações acessórias autônomas que decorrem da legislação tributária e têm por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (art. 113, § 2º, do CTN). 7. Destarte, possibilitar a denúncia espontânea diante de obrigações acessórias somente estimularia a ocorrência de mais casos de descumprimento, haja vista que o contribuinte visualizaria oportunidade de desrespeitar os prazos impostos pela legislação tributária. 8. Apelação improvida. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198868 - 0001261-74.2015.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 11/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/05/2017)

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. ATRASO. INFORMAÇÕES. IN/SRF N° 102/94. IN/SRF 1.479/14. ARTIGO 106 DO CTN. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE CARGA TRANSPORTADA NO MOMENTO DA ATRACAÇÃO OU DESATRACAÇÃO DA EMBARCAÇÃO. MULTA. VALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Inicialmente, observo que incabível o reexame necessário, em atenção ao § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil de 1973 vigente à época de prolação da r. sentença, considerando-se o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atribuído à causa. 2. Consta dos autos que a autora, ora apelada foi autuada por ter deixado de prestar, na forma e no prazo estabelecidos pela Receita Federal, as informações relativas à desconsolidação das cargas sob sua responsabilidade, consoante dispõe o artigo 107, IV, e, do DL 37/66. 3. Conforme constou nas informações juntadas aos autos no AI n° 0717700/00649/13 lavrado em 05.08.2013 (fl. 33), processo Administrativo n° 10715.728380/2013-71, a parte Autora não cumpriu, com a obrigação tributária acessória ao não prestar informações sobre veículo ou carga transportada ou sobre operações a executar; razão do registro intempestivo no Sistema Siscomex Mantra (efetuado após 2 horas da chegada do veículo transportador). 4. As cargas chegaram na alfândega, respectivamente, às 07:00h do dia 15.10.2008 e às 07:45h do dia 1º.12.2008, por meio dos voos internacionais DAL 0061 e AFR0442. Informa a autuação que o sujeito passivo, agente desconsolidador e consignatário dos Conhecimentos de Transporte Genérico ou Master (MAWB) N° 006-1011 E 5910 e 057-3535 0991 (fl. 41), incluiu no Mantra os dados das cargas amparadas pelos supracitados conhecimentos agregados HAWB às 12:22h de 17.10.2008 e às 13:33h de 02/12/2008, respectivamente, ou seja, após 2 (dois) dias, no primeiro caso e 1 (um) dia no segundo. As informações foram prestadas posteriormente e não no prazo estabelecido no art. 4º e 8º da IN SRF n° 102/94. 5. O art. 8 da IN SRF n° 102/94 preceitua que as informações sobre carga consolidada procedente do exterior ou de trânsito aduaneiro serão prestadas pelo desconsolidador de carga até duas horas após o registro de chegada do veículo transportador e que, a partir da chegada efetiva do veículo transportador, os conhecimentos agregados (filhotes) informados no Sistema serão tratados como desmembrados do conhecimento genérico (máster) e a carga correspondente tratada como desconsolidada. Consta-se que houve descumprimento de norma administrativa por parte do Agente desconsolidador da carga, pois as informações, foram inseridas no sistema Siscomex-Mantra, além das duas horas da chegada do veículo transportador; portanto, além do limite de 02 h, previsto no item II do §3º da IN SRF n° 102/94. 6. Verifica-se que o ora apelado foi autuado por ter descumprido a determinação prevista na Instrução Normativa n° 102/94, vigente à época dos fatos (2008), sendo-lhe aplicada multa. 7. Não há que se falar na aplicação de retroatividade de lei mais benéfica, qual seja, o estipulado no artigo 8º, da Instrução Normativa n° 1.479/2014, uma vez que conforme bem asseverado na apelação da União Federal, ainda que beneficiado pelo novo prazo de 03 (três) horas, o recorrente não teria logrado êxito no cumprimento da determinação. Ademais, o artigo 37, dispõe que o agente de cargas se equipara ao transportador no que toca à obrigação de prestar informações sobre a operação aduaneira. 8. Quanto à tipicidade da infração, da mesma forma o art. 107, IV, 'e' do Decreto-lei expressamente determina a aplicação de multa em caso de mero atraso na prestação da informação, à empresa de transporte internacional, assim entendido também o agente de carga. 9. A denúncia espontânea prevista no artigo 138 do Código Tributário Nacional não se aplica ao caso concreto. 10. A lei é clara ao prever o dever do agente de cargas prestar informações acerca da carga transportada, nos termos do artigo 107, IV, e, e artigo 37, §1º, do Decreto-Lei n° 37/66. 11. As multas, desta forma, constituem sanção pelo atraso na prestação das informações devidas, objetivando desestimular o descumprimento das obrigações aduaneiras. Com esta natureza, diversa da de tributo, pode ser conforme as normas correlatas, elevado, não se aplicando a ela o princípio do não-confisco, desde que proporcional, como ocorre no presente caso. 12. Invertidas a sucumbência condeno a parte Autora ao pagamento à parte Ré dos honorários advocatícios os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor dado à causa (Valor da Causa = R\$ 10.000,00), nos termos do artigo 20, §4º do Código de Processo Civil vigente à época da sentença. 13. A preliminar arguida em contrarrazões de inépcia da apelação deve ser rejeitada, uma vez que o recurso embora conciso está devidamente fundamentado. 14. Remessa oficial não conhecida. Preliminar arguida em contrarrazões rejeitada. Apelação provida. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2178709 - 0020616-19.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 05/12/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2018)

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. ATRASO. INFORMAÇÕES. DECRETO-LEI 37/66. IN 800/2007. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE CARGA TRANSPORTADA NO MOMENTO DA ATRACAÇÃO OU DESATRACAÇÃO DA EMBARCAÇÃO. MULTA. VALIDADE. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Consta dos autos que a autora, ora apelante, agente de cargas, foi autuada por ter deixado de prestar, na forma e no prazo estabelecidos pela Receita Federal, as informações relativas à desconsolidação das cargas sob sua responsabilidade, consoante dispõe o artigo 107, IV, e, do DL 37/66. 2. A denúncia espontânea prevista no artigo 138 do Código Tributário Nacional não se aplica ao caso concreto. Precedentes. 3. Assim, a lei é clara ao prever o dever do agente marítimo de prestar informações acerca da carga transportada, nos termos do artigo 107, IV, e, e artigo 37, §1º, do Decreto-Lei nº 37/66. 4. A alegação acerca da data do fato gerador que teria ocorrido antes do período não procede. Isso porque à época da ocorrência dos fatos, o artigo 50 da IN 800/2007 já previa que as informações deveriam ser prestadas antes da atracação da embarcação, embora os prazos mínimos só tenham passado a valer após 1º/04/2009. 5. Invertidas a sucumbência, condeno a parte Autora ao pagamento dos honorários advocatícios os quais devem ser fixados em 10% (dez por cento) do valor dado à causa atualizado. 6. Apelação da parte não provida e apelação da União Federal provida. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2267689 - 0001100-76.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 05/12/2018, e-DJF3 Judicial I DATA:12/12/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FORA DO PRAZO. DEVER DE INFORMAR SOBRE VEÍCULO OU CARGA TRANSPORTADA E OPERAÇÕES EXECUTADAS. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. ARTIGO 107, IV, DO DECRETO-LEI 37/1966 E 22, III, DA IN RFB 800/2007. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE LÓGICA. APELO DESPROVIDO. 1. A autuação, fundada na "NÃO PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE VEÍCULO OU CARGA TRANSPORTADA, OU SOBRE OPERAÇÕES QUE EXECUTAR", imposta ao agente de cargas, tem amparo no artigo 107, inciso IV, alínea "e" do Decreto-lei 37/1966, na redação dada pela Lei 10.833/2003, tendo a infração sido atribuída por prestação de informações fora do prazo (artigo 22, III, da IN SRF 800/2007, vigente ao tempo dos fatos), ou seja, em até quarenta e oito horas antes da chegada da embarcação no porto de destino. 2. A previsão de prazo para prestação de tais informações não exige, para aplicar-se multa, depois de apurado o descumprimento da obrigação, a prova de dano específico, mas apenas da prática da conduta formal lesiva às normas de fiscalização e controle aduaneiro, não violando a segurança jurídica a conduta de aplicar a multa prevista na legislação, ao contrário do que ocorreria se, diante da prova da infração, a multa fosse dispensada por voluntarismo da Administração. 3. Quanto à denúncia espontânea, trata-se de benefício previsto em lei complementar (artigo 138, CTN), com alcance específico nela definido, que não abrange multas por descumprimento de obrigações acessórias autônomas, como, de resto, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. Em relação à responsabilidade tributária na situação específica, o artigo 37, § 1, do Decreto-lei 37/66 estabeleceu a obrigação de prestar informações sobre operações e respectivas cargas e o artigo 107, IV, "e", do mesmo diploma legal previu expressamente a aplicação de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao agente de cargas que deixar de fornecê-las, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal. 5. Apelo desprovido. (AC 00046948620154036104 / TRF3 - TERCEIRA TURMA / DES. FED. CARLOS MUTA / e-DJF3 Judicial I DATA:30/06/2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELO. RAZÕES EM PARTE GENÉRICAS OU DISSOCIADAS. MULTA. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FORA DO PRAZO. DEVER DE INFORMAR SOBRE VEÍCULO OU CARGA TRANSPORTADA E SOBRE OPERAÇÕES EXECUTADAS. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. SISCOMEX. LEGITIMIDADE DO AGENTE DE CARGA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. 1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, pois o acórdão embargado apreciou a causa com a fundamentação suficiente e necessária à respectiva solução, sem qualquer omissão ou exigência de suprimento. 2. Para decidir pelo desprovimento do recurso, a Turma, à luz da legislação aplicável e com respaldo na jurisprudência, decidiu expressamente que é "infundada a alegação de cerceamento de defesa, 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 diligência, não se pode considerar ilegítima a dispensa da produção de prova desnecessária à formação da convicção do magistrado, que é o destinatário da prova, não mero observador dos atos processuais. Ademais, no caso dos autos, diante das teses deduzidas na inicial, impertinente a discussão acerca do fato cujo esclarecimento foi requerido a partir de expedição de ofício, donde inexistente cerceamento probatório a anular o julgamento". 3. Asseverou o acórdão que "A infração, no caso, foi atribuída por prestação de informações fora do prazo estabelecido pela SRF, por meio do artigo 8º da IN-SRF 102/1994, vigente ao tempo dos fatos [...]. Com efeito, naquela ocasião, a prestação de informação sobre desconsolidação deveria ser prestada pelo desconsolidador de carga até duas horas após o registro de chegada do veículo transportador; o que, no caso, não foi observado, pois as informações apenas foram prestadas em 05/05/2008, 15/05/2008, 13/05/2008, 15/05/2008, 23/05/2008, 20/05/2008 e, finalmente, em 23/05/2008, às 15h34min. Todavia, em todos os casos fora do prazo fixado, vez que o registro da chegada dos veículos transportadores ocorreu, respectivamente, em 02/05/2008, 07/05/2008, 12/05/2008, 14/05/2008, 20/05/2008 e, finalmente, em 23/05/2008 às 10h39min. Tais fatos encontram-se comprovados nos autos e foram objeto de apuração administrativa, nada sendo provado em contrário, de tal sorte a elidir a força probante da documentação, além da própria presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo. A previsão de prazo para prestação de tais informações não exige, para a aplicação da multa, depois de constatado o descumprimento da obrigação, a prova de dano específico, mas apenas da prática da conduta formal lesiva às normas de fiscalização e controle aduaneiro, não violando a segurança jurídica a conduta administrativa de aplicar a multa prevista na legislação, ao contrário do que ocorreria se, diante da prova da infração, a multa fosse dispensada por voluntarismo da Administração". 4. Aduziu-se, ademais, que "Quanto à denúncia espontânea, trata-se de benefício previsto em lei complementar (artigo 138, CTN), com alcance específico nela definido, que não abrange multas por descumprimento de obrigações acessórias autônomas, como, de resto, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça". 5. Consignou o acórdão que "Em relação à responsabilidade tributária na situação específica da multa em discussão, o artigo 37, § 1, do Decreto-lei 37/66 estabeleceu o dever de prestar informações sobre as operações e respectivas cargas e o artigo 107, IV, "e", do mesmo diploma legal previu expressamente a aplicação de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao agente de cargas que deixar de fornecê-las, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal". 6. Ademais, concluiu o acórdão que "Cabe, pois, confirmar a improcedência da ação, inclusive no ponto em que afastou a aplicação da IN-SRF 1.479/2014, que não aboliu, em caráter definitivo e incondicional, a obrigação, infração ou penalidade, por se tratar, tão-somente, como dito na sentença, 'de dispositivo de caráter transitório que suspende, a partir de sua vigência, a responsabilidade do agente de carga no período em que o sistema não estiver habilitado para sua utilização". 7. Não resta espaço para a alegação de omissão, nem a título de prequestionamento, porquanto lançada fundamentação bastante e exauriente, buscando, na verdade, a embargante a revisão do acórdão embargado, por suposta violação ou negativa de vigência aos artigos 106, II, do CTN; 373, I do CPC; 5º, LV da CF. 8. Tal pretensão, ainda que deduzida mediante o pedido de suprimento de omissão para prequestionamento, não cabe em sede de embargos de declaração, sendo outro o recurso cabível e outra a instância competente para o respectivo julgamento. 9. Embargos de declaração rejeitados. (AC 00178416520134036100 / TRF3 - TERCEIRA TURMA / DES. FED. CARLOS MUTA / e-DJF3 Judicial I DATA:24/02/2017)

O recurso da União Federal também não merece prosperar, pois, diante da natureza administrativa da infração em questão, é evidente a incidência da prescrição intercorrente prevista no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/99 quanto ao débito objeto do processo administrativo nº 10814008859/2007-21.

Ressalto que a União, em momento algum, argumenta no sentido da não paralisação do processo administrativo por mais de três anos, limitando-se a questionar a aplicação da norma ao caso concreto.

Assim, a r. decisão deve ser mantida em seu inteiro teor.

Ante o exposto, **rejeito a alegação de decadência, bem como nego provimento aos agravos internos.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. ADUANEIRO. AGENTE DE CARGA. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR INFORMAÇÕES ACERCA DAS MERCADORIAS IMPORTADAS. INCLUSÃO DE DADOS NO SISCOMEX EM PRAZO SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 728, IV, "E", DO DECRETO Nº 6.759/09 E NO ARTIGO 107, IV, "E", DO DECRETO-LEI Nº 37/66. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. DECADÊNCIA NÃO VERIFICADA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DE PARTE DO DÉBITO MANTIDA. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

1. A parte autora afirma que as infrações foram cometidas no período de **02.03.2004 a 27.03.2004**, sendo o auto de infração lavrado em **27.01.2009**, pelo que não se verifica a decadência do direito da Administração de impor a penalidade em questão. Isso porque os prazos de decadência e prescrição da multa aplicada com fulcro no art. 107, IV, "e", do Decreto nº 37/96 – hipótese dos autos – estão disciplinados nos arts. 138, 139 e 140 do referido diploma legal.

2. Nos termos do art. 31, *caput*, do Decreto nº 6.759/09, "o transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil, **na forma e no prazo por ela estabelecidos**, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado".

3. Na singularidade, consta dos autos que a autora, por diversas vezes, registrou os dados pertinentes ao embarque de mercadoria exportada **após o prazo** definido na legislação de regência, o que torna escorreita a incidência da multa prevista no art. 107, IV, "e", do Decreto-Lei nº 37/66, com redação dada pela Lei nº 10.833/03.

4. Improcede alegação da autora de nulidade do auto de infração por *ausência de prova* das infrações, haja vista que a autuação foi feita com base em informações prestadas pela própria empresa no Sistema SISCOMEX.

5. Além disso, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção *juris tantum* de legalidade e veracidade, sendo condição *sine qua non* para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1528241 - 0004962-44.2005.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 08/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2018). Em outras palavras, cabe ao contribuinte comprovar a inveracidade do ato administrativo, o que não ocorreu no presente caso.

6. Também não há prova suficiente de que a Administração estaria ferindo a isonomia ao afastar a penalidade aplicada à algumas empresas em situação idêntica à da autora. É certo que **alegação e prova não se confundem** (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1604106 - 0001311-96.2003.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 22/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2018), momento diante de ato administrativo, cuja legitimidade se presume e só é afastada mediante prova cabal (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1861838 - 0005491-87.2009.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/03/2015).

7. O princípio da retroatividade da norma mais benéfica, previsto no art. 106, II, "a", do CTN, não tem qualquer relevância para o caso. A **uma**, pois estamos diante de infração formal de natureza administrativa, o que torna inaplicável a disciplina jurídica do Código Tributário Nacional. A **duas**, pois, de qualquer modo, a hipótese dos autos não se amoldaria ao que previsto no referido art. 106, II, do CTN; a novel legislação (IN RFB nº 1.096/10) não deixou de tratar o ato como infração, nem cominou penalidade menos severa, mas apenas previu um prazo maior para o cumprimento da obrigação.

8. Da mesma forma, não procede o pleito quanto à aplicação do instituto da *denúncia espontânea* ao caso, vez que o dever de prestar informação se caracteriza como obrigação acessória autônoma; o tão só descumprimento do prazo definido pela legislação já traduz a infração, de caráter formal, e faz incidir a respectiva penalidade.

9. A alteração promovida pela Lei nº 12.350/10 no art. 102, § 2º, do Decreto-Lei nº 37/66 não afeta o citado entendimento, na medida em que a exclusão de penalidades de natureza administrativa com a denúncia espontânea só faz sentido para aquelas infrações cuja denúncia pelo próprio infrator aproveite à fiscalização.

10. Na prestação de informações fora do prazo estipulado, em sendo elemento autônomo e formal, a infração já se encontra perfectibilizada, inexistindo comportamento posterior do infrator que venha a ilidir a necessidade da punição. Ao contrário, admitir a denúncia espontânea no caso implicaria em tornar o prazo estipulado mera formalidade, afastada sempre que o administrado cumprisse a obrigação antes de ser devidamente penalizado.

11. O recurso da União Federal também não merece prosperar, pois, diante da natureza administrativa da infração em questão, é evidente a incidência da prescrição intercorrente prevista no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/99 quanto ao débito objeto do processo administrativo nº 10814008859/2007-21. Ressalto que a União, em momento algum, argumenta no sentido da não paralisação do processo administrativo por mais de três anos, limitando-se a questionar a aplicação da norma ao caso concreto.

12. A inovação legislativa mencionada pela agravante (artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002) não se aplica aos autos; o processo administrativo já se encerrou.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou a alegação de decadência e negou provimento aos agravos internos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008501-93.2019.4.03.6102

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELBEL COMERCIO E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO CORREA DA SILVA - SP80833-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008501-93.2019.4.03.6102

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELBEL COMERCIO E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO CORREA DA SILVA - SP80833-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença que julgou procedente o pedido de ELBEL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA, anulando débitos fiscal constante no processo administrativa de identificação 10840.902655/2011-47, reconhecendo a compensação efetuada pela autora e indeferido pela Receita Federal. O juízo condenou a União Federal ao ressarcimento de custas e ao pagamento de honorários, fixados em 10% sobre o proveito econômico.

Deu-se à causa o valor de R\$ 213.926,00.

A autora narra que o débito teve origem em DCOMP transmitida visando a quitação de débitos de IRPJ/CSLL com créditos resultantes do pagamento indevido ou a maior de IRPJ. A compensação não foi homologada pelo Fisco, ante o não reconhecimento do direito creditório ali indicado, ensejando manifestação de inconformidade perante o valor principal (R\$ 55.413,04). A manifestação foi julgada improcedente, por ausência de comprovação da existência dos créditos a serem compensados. O recurso voluntário então interposto foi considerado intempestivo, ajuizando a autora esta ação.

A autora aduz ter apresentado com sua manifestação de inconformidade comprovante do recolhimento de IRPJ na soma de R\$ 1.032.319,38, em sendo o débito devido no valor de R\$ 976.906,34, conforme constava na DIPJ 2002. Com o saldo credor, diz ter comprovado a existência de crédito para quitar o valor principal, não sendo obstáculo para a veracidade de seu crédito o fato de ter posteriormente retificado suas declarações fiscais com o valor correto do imposto apurado naquele período, alegando configurar erro material.

O juízo considerou comprovado o direito de crédito, conforme documentação apresentada no âmbito do processo administrativo, determinando a anulação do débito aqui impugnado.

A União Federal interpôs apelo, asseverando a legalidade do indeferimento do pleito compensatório, vez que a autora não apresentou em âmbito administrativo seus registros contábeis e fiscais a abalisar os débitos declarados, não bastando a retificação de suas declarações, ainda que estas tenham sido entregues antes da ciência do despacho decisório de indeferimento.

Contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008501-93.2019.4.03.6102

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELBEL COMERCIO E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO CORREA DA SILVA - SP80833-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O débito questionado tem origem no indeferimento administrativo de DCOMP transmitida em 29.09.06, por ausência de documentação comprobatória de pagamento tido a maior. O despacho decisório foi emitido em 06.06.2011. A autora apresentou manifestação de inconformidade, aduzindo que o crédito deriva do fato de ter apurado valor a maior a título de IRPJ no ano de 2001, como corretamente identificado em DIPJ, e que a suposta inexistência derivou de erro de preenchimento em DCTF (fls. 71 – 138491261).

A manifestação não foi acolhida, por não ter a autora embasado seu pedido em documentos hábeis, mais precisamente o comprovante de retenção emitido em seu nome pela fonte pagadora. Ainda, considerando que os débitos declarados em DCTF configuram confissão de dívida, concluiu a turma julgadora pela imprescindibilidade da apresentação de escrituração contábil a comprovar aqueles valores, não bastando que a retificação ocorra antes da ciência do despacho decisório (fls. 71/74).

Com efeito, não se faz presente a dita comprovação, merecendo destaque o fato de o órgão administrativo não ter desconsiderado a retificação da referida DCTF ou a informação contida em DIPJ *per se*, mas sim na ausência de documentos hábeis a atestar os valores tidos como corretos pela autora, como a escrituração contábil do período e a prova da retenção, não permitindo reconhecer que os pagamentos foram realizados a maior. Mesmo o recurso voluntário apresentado, e posteriormente considerado intempestivo, não traz tais provas, muito menos a presente ação.

A existência de DIPJ declarando o débito da forma entendida como devida pela autora, e do respectivo pagamento, não basta para se confirmar o crédito vindicado. Na forma do art. 147, § 1º, do CTN, “a retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento”.

Não se desincumbindo a autora do ônus de provar a veracidade dos dados retificados a posteriori, com acerto foi mantido o valor considerado em DCTF e, conseqüentemente, não reconhecido o pagamento a maior, impossibilitando a compensação.

Esta Turma já exprimiu tal tese:

APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. IRPJ. DECLARAÇÕES RETIFICADORAS E COMPROVANTES DE PAGAMENTOS. A EMBARGANTE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PREVISTO NO ART. 147, § 1º, DO CTN. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DOS VALORES ORIGINALMENTE DECLARADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DA 3ª QUOTA DO IRPJ APURADO NO 4º TRIMESTRE DE 2001. MANUTENÇÃO PARCIAL DA COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAR RECOLHIMENTOS A MAIOR FEITOS PARA OUTROS PERÍODOS DE APURAÇÃO. PRERROGATIVA EXCLUSIVA DA FAZENDA NACIONAL. RECURSO PROVIDO, COMO AFASTAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS IMPOSTOS EM SENTENÇA.

(ApCiv 0042176-33.2012.4.03.6182 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOM DI SALVO / 09.03.2020)

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE DCTF. NÃO COMPROVADO O ERRO DE FATO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147, § 1º, DO CTN. IN RFB 1.599/15, RECURSO DESPROVIDO, COM MAJORAÇÃO DA HONORÁRIA DEVIDA. 1. Com fulcro no art. 16 da Lei 9.779/99, a Receita Federal instituiu o prazo de 05 anos para a retificação da DCTF pelo contribuinte, a partir do 01º dia do exercício seguinte ao do qual a declaração se refere, em atenção ao prazo decadencial máximo previsto no CTN (art. 9º, § 5º, da IN RFB 1.599/15). Iniciado o procedimento de fiscalização ou inscrito o débito em DAU, fica a retificação condicionada à prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da declaração (art. 9º, § 5º, da IN RFB 1.599/15 e inteligência do art. 147, § 1º, do CTN). 2. A União bem define o procedimento a ser adotado na via administrativa, ao observar que “se o sistema informatizado da RFB, em decorrência de decurso de prazo superior ao que a legislação tributária permite, recusou o recebimento da DCTF retificadora (frise-se, não houve erro no envio, mas recursa), caberia à autora ter-se dirigido diretamente à Autoridade Fazendária e requerido a alteração dos valores informados em DCTF, com a demonstração do erro de fato no qual supostamente incorreu ao preencher aquele documento”. 3. Preferindo a via judicial, ficou a autora com a incumbência de comprovar o erro de fato que ocasionou a majoração indevida dos débitos, não bastando para tanto a mera indicação da ocorrência do erro e a juntada de livros contábeis, sem precisar onde se deu o erro na quantificação dos tributos ou na identificação de seu fato gerador. 4. Como exposto pelo Juízo de Primeiro Grau, eventualmente identificados os erros pelo autor (não o foram), a questão poderia ser dirimida com a elaboração de laudo pericial. Porém, oportunizada a especificação de provas, o autor entendeu como suficiente a prova documental já carreada aos autos, o que confirma o descumprimento do ônus processual e, conseqüentemente, a improcedência do pleito autoral no ponto. Precedentes.

(ApReeNec 0015097-92.2016.4.03.6100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOM DI SALVO / 02.12.2019)

A jurisprudência deste Tribunal milita pela necessidade de comprovação do erro de fato para se reconhecer o direito de o contribuinte retificar suas declarações fiscais e a respectiva cobrança: ApCiv 0023214-93.2011.4.03.6182 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. ANTÔNIO CEDENHO / 21.08.2019, ApCiv 0011362-77.2008.4.03.6182 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. ANTÔNIO CEDENHO / 07.08.2019, ApelRemNec 0000431-54.2004.4.03.6182 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / 21.11.2018, Ap 0011756-92.2015.4.03.6100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DESª. FED. CONSUELO YOSHIDA / 20.09.2018, Ap 0003547-02.2015.4.03.6144 / TRF3 – QUARTA TURMA / DESª. FED. MÔNICA NOBRE / 03.05.2018.

Registre-se ainda não caber ao Judiciário, *sponte propria*, apurar os aludidos créditos e os considerar suficientes para quitar os débitos ainda devidos. O ato esbarraria em prerrogativa exclusiva da Administração Fazendária, exigida a documentação pertinente. O controle cinge-se à legalidade dos atos administrativo praticados e, no caso, não há qualquer vício a importar em nulidade do indeferimento.

Improcedente o pleito autoral, ficam invertidos os ônus sucumbenciais, ficando a autora condenada ao pagamento de honorários em favor da União Federal, fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15, a partir do valor atualizado atribuído à causa, em sendo parâmetro adequado para o proveito econômico e escolhido pela própria autora.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo da União Federal para julgar improcedente o pedido.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE DCTF. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO HÁBIL A COMPROVAR A EXATIDÃO DOS DÉBITOS. ART. 147, § 1º, DO CTN. ACERTO DO INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO DA DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO, COM INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS, À VISTA DA AUSÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO.

1. O débito questionado tem origem no indeferimento administrativo de DCOMP transmitida em 29.09.06, por ausência de documentação comprobatória de pagamento tido a maior. O despacho decisório foi emitido em 06.06.2011. A autora apresentou manifestação de inconformidade, aduzindo que o crédito deriva do fato de ter apurado valor a maior a título de IRPJ no ano de 2001, como corretamente identificado em DIPJ, e que a suposta inexistência derivou de erro de preenchimento em DCTF (fls. 71 – 138491261).

2. A manifestação não foi acolhida, por não ter a autora embasado seu pedido em documentos hábeis, mais precisamente o comprovante de retenção emitido em seu nome pela fonte pagadora. Ainda, considerando que os débitos declarados em DCTF configuram confissão de dívida, concluiu a turma julgadora pela imprescindibilidade da apresentação de escrituração contábil a comprovar aqueles valores, não bastando que a retificação ocorra antes da ciência do despacho decisório (fls. 71/74).

3. Não se faz presente a dita comprovação, merecendo destaque o fato de o órgão administrativo não ter desconsiderado a retificação da referida DCTF ou a informação contida em DIPJ *per se*, mas sim na ausência de documentos hábeis a atestar os valores tidos como corretos pela autora, como a escrituração contábil do período e a prova da retenção, não permitindo reconhecer que os pagamentos foram realizados a maior. Mesmo o recurso voluntário apresentado, e posteriormente considerado intempestivo, não traz tais provas, muito menos a presente ação.

4. A existência de DIPJ declarando o débito da forma entendida como devida pela autora, e do respectivo pagamento, não basta para se confirmar o crédito vindicado. Na forma do art. 147, § 1º, do CTN, “a retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento”.

5. Não se desincumbindo a autora do ônus de provar a veracidade dos dados retificados *a posteriori*, com acerto foi mantido o valor considerado em DCTF e, conseqüentemente, não reconhecido o pagamento a maior, impossibilitando a compensação.

6. Improcedente o pleito autoral, ficam invertidos os ônus sucumbenciais, ficando a autora condenada ao pagamento de honorários em favor da União Federal, fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15, a partir do valor atualizado atribuído à causa, em sendo parâmetro adequado para o proveito econômico e escolhido pela própria autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo da União Federal para julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012063-19.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LF SERVICOS MEDICOS DE REUMATOLOGIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: PATRICIA FORNARI - SP336680-A, LUIZ GUSTAVO DE LEO - SP217989-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012063-19.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LF SERVICOS MEDICOS DE REUMATOLOGIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: PATRICIA FORNARI - SP336680-A, LUIZ GUSTAVO DE LEO - SP217989-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno (ID 145026927) interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática deste Relator (ID 141784416) que, por entender aplicável ao caso a tese firmada pelo STF nos autos do RE nº 574.706, deu parcial provimento à sua apelação e à remessa necessária, apenas para conformar o direito de repetição de eventual indébito à legislação de regência.

O recurso foi respondido (ID 145987719).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012063-19.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

APELADO: LF SERVICOS MEDICOS DE REUMATOLOGIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: PATRICIA FORNARI - SP336680-A, LUIZ GUSTAVO DE LEO - SP217989-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

A ata de julgamento do **RE nº 574.706/PR** e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"), de modo que se tornou de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem **segurança** para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa, que hoje está abrigada no **TEMA 69**.

O STJ vem aplicando sem titubeios o quanto decidido pelo STF no RE nº 574.706/PR (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018 - EDcl no AgRg no AREsp 400.024/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 16/05/2018 - REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018 - REsp 1089297/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018), a demonstrar que não se deve ter receio de errar em continuar julgando, sem qualquer suspensão, os casos como o presente.

Destaco que no âmbito do STF sempre se entendeu pela possibilidade de aplicação de precedente firmado pelo Plenário para o julgamento imediato de causas que versassem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (ARE 673256 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013 - ARE 930647 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016).

Essa jurisprudência ancestral do STF mantém-se indene mesmo após a superveniência do CPC/15, como segue:

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. 3. Embargos de declaração rejeitados. (RE 993773 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017).

No cenário habitado pelos Tribunais Regionais Federais, constata-se que a decisão do STF (RE 574.706-9/PR) está sendo aplicada em sede de decisão monocrática e de julgamento colegiado (TRF4: TRF4, AC 5012418-92.2013.404.7205, VICE-PRESIDÊNCIA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, juntado aos autos em 22/09/2017 - AG 5050348-89.2017.404.0000, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 25/09/2017 - AG 5051968-39.2017.404.0000, SEGUNDA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 22/09/2017; TRF1: AC 0056166-81.2014.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EDUARDO MORAIS DA ROCHA (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 15/09/2017 - AC 0002340-09.2016.4.01.3809 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSÉS, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 15/09/2017 - AMS 0056564-55.2015.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA, OITAVA TURMA, e-DJF1 de 01/09/2017).

No que tange à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, sua posterior apreciação não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes, salvo se presente ordem nesse sentido pela Suprema Corte - art. 1035, § 5º, do CPC/15 e art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73. Na matéria, é de se ressaltar que a Suprema Corte já exprimiu o posicionamento de que o ICMS não integra o conceito de faturamento/receita para fins de tributação do STF quando do julgamento do RE nº 240.785-2/MG, não traduzindo inovação jurisprudencial a invocar eventual modulação.

O entendimento firmado pelo STF de exclusão do ICMS escriturado aplica-se tanto ao regime cumulativo quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS. A alteração promovida pela Lei nº 12.973/14, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 para a receita bruta, em nada altera a conclusão alcançada pela Suprema Corte, calcada no próprio conceito constitucional de receita/faturamento. Nesse sentido: AC 2015.61.00.017054-2/SP / TRF3 - SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSON DI SALVO / D.E. 14.03.17.

De igual modo, é pacífica a jurisprudência desta Corte Regional no sentido de que o quanto decidido como **Tema 69 se aplica ao ISS**, porque a lide é rigorosamente a mesma: gira em torno da possibilidade ou não de a base de cálculo de tributo representada sobre a receita e o faturamento, ser composta também por numerário que **não integrará** o patrimônio do contribuinte; *in caso*, o ISSQN será repassado ao município.

Confira-se: 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024694-59.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 21/01/2020 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004533-32.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000676-40.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019 - 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005118-80.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 23/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005153-65.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 22/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001245-55.2018.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 02/01/2020.

Em recente julgado, a 4ª Turma desta Casa ressaltou:

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. (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5003157-18.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 22/11/2019, Intimação via sistema DATA: 04/12/2019).

É certo que “o STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; *leading case*: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País” (3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017089-32.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/01/2020).

Enfim, a partir dos argumentos jurídicos expostos no paradigma, deve-se excluir da base de cálculo do PIS/COFINS todo o ISSQN devido pelo contribuinte ao município.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ISSQN (DESTACADO) DAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA Nº 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). AINDA, AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO NESSE SENTIDO QUANTO AO TEMA Nº 118. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014576-57.2019.4.03.6100

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

APELANTE: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL

Advogados do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - MG80788-A, LILIANE NETO BARROSO - SP276488-S

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014576-57.2019.4.03.6100

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

APELANTE: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL

Advogados do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A, LILIANE NETO BARROSO - SP276488-S

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de ação ajuizada por CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL em face da AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR- ANS, visando a obter provimento jurisdicional que reconheça "(C.1) a ilegalidade do cálculo do Ressarcimento através do Índice de Valoração do Ressarcimento), determinando-se o recálculo dos atendimentos discutidos, para que o Ressarcimento se dê especificamente sobre o valor gastos pelo SUS, afastando, no particular, o Índice de Valoração do Ressarcimento – IV;".

A sentença **julgou improcedente** o pedido formulado com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege* . Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I e § 4º, III, do Código de Processo Civil. A incidência de correção monetária e juros de mora deverá observar o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução CJF nº 134/10. Destinação do depósito, após o trânsito em julgado, *secundum eventum litis* .

Apelou a autora a fim de preliminarmente, reconhecer a nulidade da r. sentença pela inobservância aos preceitos do devido processo legal, em razão da não oportunização na produção das provas requeridas, e no mérito para reconhecer a ilegalidade do cálculo do montante através do IVR (em valores superiores aos efetivamente pagos ao SUS) em todas AIH's ora combatidas, determinando-se, se for o caso de cobrança (o que somente se admite em atenção ao princípio da eventualidade), a limitação do Ressarcimento aos valores que efetivamente são praticados pelo SUS (Tabela SUS) com, a condenação da apelada a pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos art. 85 do CPC de 2015. Recurso respondido.

A decisão monocrática proferida por este Relator rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou provimento à apelação.

Neste agravo interno a CENTRAL NACIONAL UNIMED COOPERATIVA CENTRAL pleiteia seja reconhecida a nulidade da r. sentença pela inobservância aos preceitos do devido processo legal por não ter sido oportunizado a produção de provas, de sorte a determinar o retorno dos autos à instância de origem para produção de tais provas que tem o condão de influenciar diretamente no entendimento originário no que toca à pertinência da cobrança com base na tabela TUNEP/IVR sem ao mesmo aferir a respectiva observância aos parâmetros do Art. 32, §8º da Lei 9656/98; *ad argumentandum tantum* , ainda que superada as preliminares acima arguidas no mérito, dar provimento a presente Apelação, reformando-se a r. Sentença recorrida para, adentrando-se às questões contratuais arguidas e comprovadas, reconhecer a ilegalidade da cobrança da GRU objeto do presente feito pela cobrança dos atendimentos pela tabela SUS/IVR, eis que cobram das Operadoras valores muito superiores àqueles efetivamente despendidos pelo SUS. Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014576-57.2019.4.03.6100

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

APELANTE: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL

Advogados do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A, LILIANE NETO BARROSO - SP276488-S

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Cuida-se de agravo interno interposto por CENTRAL NACIONAL UNIMED COOPERATIVA CENTRAL, contra decisão monocrática deste Relator, que rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou provimento à apelação.

Os argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Como decidido anteriormente, não assiste razão à parte apelante quanto à alegação de que não foram observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, bem como de que a sentença seria nula pelo seu cerceamento do direito de defesa.

Relativamente à questão probatória, cabe ao magistrado deferir a produção de provas que entender pertinentes, bem como verificar serem elas suficientes para ensejar o julgamento antecipado da lide, como ocorreu no caso concreto.

No mérito, o dever de ressarcir os cofres públicos pela prestação do serviço de saúde a beneficiários de planos de saúde assume caráter restitutivo, ostenta "natureza jurídica indenizatória *ex lege*" (RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018 - Tema 345 da repercussão geral) - devido pela obrigatoriedade contratual firmada pela operadora do plano de saúde em arcar a despesa (pela qual recebe efetiva contraprestação, já que o contrato é de natureza onerosa e comutativa) - não tem sequer vestígio de obrigação tributária tal como caracterizada no art. 3º do CTN ou da reparação civil do Direito Privado.

Sendo assim, nesse cenário não há que se invocar a presença de princípios constitucionais tributários, tais como o da legalidade estrita (art. 150, I, da CF) e a regra de veiculação de contribuições sociais residuais por meio de lei complementar (art. 195, § 4º, da CF). Admite-se, ainda, a regulamentação dos valores a serem ressarcidos por meio de ato normativo da ANS, porquanto essa atividade não só obedece aos ditames do próprio art. 32 da Lei 9.656/98, como também não há que se falar em delimitação de "base de cálculo" de um tributo e da necessidade de instituição por lei.

Na singularidade, a sentença foi pronunciada com o seguinte teor:

“...

Embora o processo estivesse concluso para a prolação de decisão saneadora, constato que a lide comporta julgamento antecipado nos termos do art. 355, I, CPC, uma vez que se trata de matéria de direito e de fato, este, porém, já comprovado pelos documentos juntados aos autos, motivo pelo qual indefiro o pedido subsidiário para a produção de prova pericial.

*Com efeito, insurge-se a autora contra os valores apresentados pela ré, todavia, em que pese a discordância, a discussão afeta à legalidade da Tabela TUNEP/IVR constitui **matéria de direito**, que, portanto, independe da realização de perícia contábil.*

Ademais, tenho que eventual cálculo sobre a correção dos valores cobrados somente será cabível após o julgamento de mérito, em fase de cumprimento de sentença, caso venham a ser afastados os parâmetros utilizados pela ANS.

*Assentada tal premissa, verifico que foram preenchidas as condições da ação, nada se podendo objetar quanto à legitimidade das partes e à presença do interesse processual. Estão igualmente satisfeitos os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, em virtude do que passo ao exame do **mérito**.*

*A autora pretende ver afastada a **obrigação de ressarcimento ao SUS**, sob a alegação de que as cobranças não observam a essência do instituto e até mesmo a dicção do art. 32, §8º, da Lei 9656/98, o que se distancia do verdadeiro sentido do instituto do ressarcimento instituído pelo art. 32 da Lei n.º 9.656/98, culminando em enriquecimento sem causa da ANS.*

Pois bem.

*Cumprе salientar, de proêmio, que o C. Supremo Tribunal Federal, na **ADI nº 1.931**, julgou prejudicada a ação no tocante aos artigos 10, inciso VI; 12, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “g”, e seus parágrafos 4º e 5º, bem assim o art. 32, parágrafos 1º, 3º, 7º e 9º, todos da Lei 9.656/98. E, na parte conhecida, julgou procedentes os pedidos para **declarar a inconstitucionalidade**, tão somente, dos **artigos 10, §2º e 35-E** da referida lei.*

*Embora, por superveniente alteração da redação legal e ausência de aditamento no curso do processo, não tenha sido conhecida a **ADI nº 1.931** quanto ao art. 32, que versa sobre o procedimento de **ressarcimento ao Sistema único de Saúde**, em decisão proferida no RE 597.064, com repercussão geral, decidiu a Corte Suprema por sua constitucionalidade, consoante ementa que abaixo transcrevo:*

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL. 1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional. 2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar; entre elas a necessidade de edição de lei complementar. 3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior. 4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. 5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias”.

Foi então fixada a seguinte tese para fins de repercussão geral: “É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos”.

Com efeito, na condição de operadora de plano de saúde, a autora está submetida ao referido dispositivo legal, que, ademais, não visa a outra finalidade que não a recomposição do patrimônio público em face do atendimento realizado pela rede pública ou por qualquer estabelecimento de saúde integrante do SUS a paciente coberto por plano de saúde.

Por conseguinte, o ressarcimento de valores pagos pelo SUS, por **não** se referir à indenização civil, mas sim à receita pública de natureza não tributária instituída por lei, está em consonância com os arts. 186 e 927, ambos, do Código Civil. Portanto, aludido dever de ressarcir independe da prática, ou não, de ato ilícito por parte a autora.

Em prosseguimento, tenho que não comporta acolhimento a alegação de que as despesas cobradas são superiores aos custos dos atendimentos.

Isso porque, além de ter sido especificamente prevista em lei, a legalidade da Tabela TUNEP vem sendo amplamente reconhecida pela jurisprudência, da qual destaco decisões do E. TRF da 3ª Região:

E M E N T A PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. ART. 32. LEI Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. STF. TABELA TUNEP. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE VALORIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO - IVR. HONORÁRIOS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CAUSA. PARÂMETRO LEGAL. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (...) .No que se refere à alegação de que os valores exigidos são arbitrários e exagerados, com a utilização da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), vez que maiores do que os valores efetivamente despendidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), tem-se que os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de planos de saúde, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei n.º 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários, conforme sustenta a apelante. (...) (ApCiv 0003885-68.2016.4.03.6102, Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020.)

E M E N T A ADMINISTRATIVO. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. CONSTITUCIONALIDADE. TABELA TUNEP. LEGALIDADE. 1. (...) 5. Os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de planos de saúde, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários. 6. Apelação a que se nega provimento. (ApReeNec 0013477-98.2014.4.03.6105, Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020.)

Já no tocante ao IVR, a ANS ponderou que se deve levar em conta que o gasto com um beneficiário atendido pelo SUS não se resume simplesmente ao valor de faturamento da AIH e, ainda, que os hospitais recebem do SUS outros tipos de financiamento além do pagamento de AIH, tais como convênios e transferências intergovernamentais, motivo pelo qual se buscou construir um índice para o cálculo dos valores de Ressarcimento que acresça ao preço da AIH um valor que represente, mesmo que aproximadamente, outros gastos que contribuem para que aquele atendimento aconteça, chegando-se ao denominado Índice de Valoração do Ressarcimento (IVR).

...”.

De fato, quanto ao índice de valoração do ressarcimento (IVR), conforme disposto pela Coordenadoria Geral do SUS (CGSUS), o multiplicador de 1,5 sobre os valores contidos na tabela TUNEP tem por finalidade adequar o ressarcimento a gastos públicos não enquadrados na referida tabela, como a celebração de convênios, o repasse de fundos, e o pagamento pelo poder público por serviços de saúde prestados na área privada. A justificativa valida a metodologia do cálculo, procurando adequar o ressarcimento ao efetivo gasto enfrentado pelos cofres públicos quando da prestação da saúde, sua **legalidade** está sedimentada na jurisprudência desse TRF3R: *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001485-98.2018.4.03.6110, 6ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020; ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0010754-53.2016.4.03.6100, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 06/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/02/2020; ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000294-13.2016.4.03.6102, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 23/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/01/2020; TRF 3ª Região, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5007340-82.2018.4.03.6102, 6ª Turma, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/01/2020; ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000919-31.2018.4.03.6117, 6ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 09/12/2019.*

Conforme a Resolução Normativa ANS nº 367/2014, a partir de 1/2008, o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do IVR – estipulado em 1,5 – pelo valor lançado na AIH ou na APAC. E esse valor é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais (SAI) e do Sistema de Informação Hospitalar (SIH) do SUS.

A ANS esclarece que seguindo as referidas regras de valoração, os valores de tabela podem ser majorados por incrementos, incentivos e outros acréscimos em função de diversos critérios, como habilitação da unidade prestadora, caracterização do estabelecimento como de referência, tempo de internação, nota de avaliação do estabelecimento, entre outros. E nem todos esses acréscimos estão previstos expressamente na citada tabela (http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_da_Operadora/Compromissos_interacoes_ANS/ressarcimento/guia-ressarcimento-ao-sus-2019-online.pdf).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO - ADMINISTRATIVO - RESSARCIMENTO AO SUS - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98 - UTILIZAÇÃO DA TABELA TUNEP E ÍNDICE IVR – ANS. RECURSO IMPROVIDO.

Rejeita-se a matéria preliminar tendo em vista que cabe ao magistrado deferir a produção de provas que entender pertinentes, bem como verificar serem elas suficientes para ensejar o julgamento antecipado da lide, como ocorreu no caso concreto.

O dever de ressarcir os cofres públicos pela prestação do serviço de saúde a beneficiários de planos de saúde assume caráter restitutivo, ostenta "natureza jurídica indenizatória *ex lege*" (RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018 - Tema 345 da repercussão geral) - devido pela obrigatoriedade contratual firmada pela operadora do plano de saúde em arcar a despesa (pela qual recebe efetiva contraprestação, já que o contrato é de natureza onerosa e comutativa) - não tem sequer vestígio de obrigação tributária tal como caracterizada no art. 3º do CTN ou da reparação civil do Direito Privado.

Sendo assim, nesse cenário não há que se invocar a presença de princípios constitucionais tributários, tais como o da legalidade estrita (art. 150, I, da CF) e a regra de veiculação de contribuições sociais residuais por meio de lei complementar (art. 195, § 4º, da CF). Admite-se, ainda, a regulamentação dos valores a serem ressarcidos por meio de ato normativo da ANS, porquanto essa atividade não só obedece aos ditames do próprio art. 32 da Lei 9.656/98, como também não há que se falar em delimitação de "base de cálculo" de um tributo e da necessidade de instituição por lei.

Quanto ao índice de valoração do ressarcimento (IVR), conforme disposto pela Coordenadoria Geral do SUS (CGSUS), o multiplicador de 1,5 sobre os valores contidos na tabela TUNEP tem por finalidade adequar o ressarcimento a gastos públicos não enquadrados na referida tabela, como a celebração de convênios, o repasse de fundos, e o pagamento pelo poder público por serviços de saúde prestados na área privada. A justificativa valida a metodologia do cálculo, procurando adequar o ressarcimento ao efetivo gasto enfrentado pelos cofres públicos quando da prestação da saúde, sua **legalidade** está sedimentada na jurisprudência desse TRF3R: *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001485-98.2018.4.03.6110, 6ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020; ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0010754-53.2016.4.03.6100, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 06/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/02/2020; ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000294-13.2016.4.03.6102, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 23/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/01/2020; TRF 3ª Região, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5007340-82.2018.4.03.6102, 6ª Turma, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/01/2020; ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000919-31.2018.4.03.6117, 6ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 09/12/2019.*

Conforme a Resolução Normativa ANS nº 367/2014, a partir de 1/2008, o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do IVR – estipulado em 1,5 – pelo valor lançado na AIH ou na APAC. E esse valor é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais (SAI) e do Sistema de Informação Hospitalar (SIH) do SUS.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5008836-84.2020.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL, MTS SISTEMAS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: IVE CRISTIANE SILVEIRA - SP183110-A

APELADO: MTS SISTEMAS DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: IVE CRISTIANE SILVEIRA - SP183110-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5008836-84.2020.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL, MTS SISTEMAS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: IVE CRISTIANE SILVEIRA - SP183110-A

APELADO: MTS SISTEMAS DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: IVE CRISTIANE SILVEIRA - SP183110-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de apelações interpostas pelas partes e de reexame necessário perante sentença que concedeu parcialmente a segurança pleiteada por MTS SISTEMAS DO BRASIL LTDA, determinando a extinção da cobrança de débito previdenciário da competência de abril de 2019, e a conversão de guia previdenciária (GPS) em documento de arrecadação (DARF). Rejeitou, porém, o pedido de expedição de certidão de regularidade fiscal, pois a impossibilidade decorre de decisão proferida pela DRJ de Curitiba no processo administrativo nº 10880.919.603/2017-29, exacerbando da competência da autoridade tida por coatora – o Delegado da DERAT-SP.

Segundo a impetrante, os débitos previdenciários referentes a abril de 2019, devidos pela matriz e por filial, foram pagos por meio de GPS, quando deveriam ter sido quitados por meio de DARF. Devido ao período de pandemia do COVID-19, encontrou dificuldades administrativas para realizar a conversão dos documentos, mesmo com pedido nesse sentido via e-CAC. Pede, conseqüentemente, a conversão do pagamento e o reconhecimento da quitação dos respectivos débitos.

Quanto aos débitos oriundos do processo administrativo nº 10880.921.717/2017-39, a impetrante informou ter optado pelo pagamento do IRPJ devido no 02º trimestre de 2016 em 03 quotas. Efetuou o primeiro e o segundo pagamentos no vencimento, mas, no último caso, pagou em duplicidade. Diante da situação, declarou a compensação do indébito com o débito referente à terceira quota. Nada obstante, a situação foi solucionada já em DCTF, com a alocação do pagamento em dobro à terceira quota. Ocorre que o indeferimento do pedido de compensação acabou por gerar a cobrança daquela terceira quota, já quitada, demonstrando sua inexigibilidade.

Deu-se à causa o valor de R\$ 161.654,55.

A autoridade impetrada informou os seguintes óbices para a expedição de certidão de regularidade fiscal: os valores do processo nº 10880.737.233/2020-17 não são suficientes para liquidar os saldos devedores de abril de 2019, sendo deferido o pedido de conversão da GPS em DARF; e a DRJ de Curitiba julgou improcedente manifestação de inconformidade no bojo do processo 10880.921.717/2017-39.

Em resposta, a impetrante informou que a conversão depende de autorização específica do detentor do CNPJ constante em GPS, efetuando assim o pagamento do saldo devedor apontado. Nada obstante, pede que seja efetivada a conversão. Quanto ao processo 10880.921.717/2017-39, reitera o pagamento do valor em cobrança.

Após depósito do valor controvertido, a Receita Federal afirmou a sua suficiência e procedeu à liberação da certidão.

Diante do pedido de conversão e da complementação feita no curso do processo, o juízo determinou a conversão dos documentos de arrecadação e o cancelamento dos débitos previdenciários. Por ausência de legitimidade passiva, rejeitou os argumentos dispendidos para os débitos em cobrança no processo nº 10880.921.717/2017-39. O juízo determinou o levantamento da quantia depositada após o trânsito em julgado.

A União Federal interpôs apelo, asseverando que, conforme informação administrativa, houve a conversão dos documentos de arrecadação e o valor se mostrou insuficiente para quitar o débito, exigindo a complementação depositada em juízo (R\$ 618,00). Somada à situação de cobrança do processo nº 10880.921.717/2017-39, a União sustenta que a expedição da certidão de regularidade fiscal exige a conversão em renda dos depósitos.

A impetrante também se insurgiu, reiterando os argumentos dispendidos e afirmando a competência funcional da DERAT-SP, enquanto órgão responsável pela cobrança dos débitos em discussão.

Contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MTS SISTEMAS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: IVE CRISTIANE SILVEIRA - SP183110-A

APELADO: MTS SISTEMAS DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: IVE CRISTIANE SILVEIRA - SP183110-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No que tange ao pedido de conversão do GPS pago em DARF, a própria autoridade impetrada confirmou o acerto do pleito, deferindo-o administrativamente por meio do processo nº 10880.737.233/2020-17. Nada obstante, verificou-se a existência de saldo devedor mesmo com a conversão e alocação do pagamento, de R\$ 618,00, exigindo complementação. Os documentos analisados conferem com aqueles trazidos em inicial, nos valores de R\$ 71.238,23 e R\$ 10.451,40 (doc 09 – 145186585).

Em resposta, a impetrante acostou aos autos guias previdenciárias recolhidas por tomadora de serviço (nos valores de R\$ 460,69, 79,90 e 77,45), pugnano que a diferença se refere a tais pagamentos e que, por um lapso, não os indicou em sua inicial. Porém, o argumento não sobrevive pelo fato de tais pagamentos, ao menos pelo que consta nos autos, não terem sido objeto do pedido administrativo de conversão, inexistindo ato ou omissão administrativa. Ainda, em sendo o recolhimento realizado por outra empresa e como a própria impetrante reconhece, exige-se a sua autorização para a dita conversão, o que aqui não se fez comprovado.

Consequentemente, tem-se como direito líquido e certo a conversão dos pagamentos constantes em inicial (145186585), como reconhecido administrativamente, sendo certo também a existência de saldo devedor e a necessidade de conversão em renda dos depósito referente àquele saldo para fins de quitação. Eventual direito de crédito oriundo dos pagamentos realizados pela tomadora de serviços, por não terem sido pleiteados administrativamente e dado o supracitado óbice, não podem ser levados em consideração, cumprindo à impetrante obedecer aos devidos trâmites para buscar eventual restituição.

No que tange ao processo nº 10880.921.717/2017-39, afasta-se a tese de ilegitimidade passiva. A uma, a autoridade impetrada é competente para a cobrança dos débitos oriundos daquele processo de compensação, atraindo a dita autoridade para o polo passivo da demanda. A duas, há de se reconhecer que quem sofre suposta violação a direito líquido e certo por ato de autoridade muitas vezes tem dificuldade em identificar com exatidão o responsável pelo ato coator, não sendo razoável obstar a via mandamental pelo equívoco, estando a autoridade apta a defendê-lo.

No mérito, o pedido administrativo de compensação tem por crédito pagamento de DARF no valor de R\$ 79.972,93, com período de apuração de 30.06.2016, arrecadação em 31.08.16 e código 3373 (IRPJ trimestral). Conforme despacho decisório emitido em 02.05.17, o pagamento foi identificado, mas, ausente saldo credor, efetuou-se a cobrança do IRPJ devido para o primeiro trimestre, no valor principal de R\$ 80.772,66, conforme declarado em DCOMP (doc 24 – 145186600).

Conforme documentação trazida em inicial, o referido pagamento foi declarado em DCTF retificadora referente ao 02º trimestre de 2016, em 17.11.2017, informando a apuração de IRPJ devido em trimestre anterior no valor de R\$ 239.894,76, com pagamento em três quotas e alocação dos dois DARF's recolhidos em 30.06.2016 (145186598 – doc 22). A impetrante acostou ainda cópia da escrituração contábil digital do período de 2016 (145186599 – doc 23) para demonstrar a alegação de que o débito em cobrança já foi quitado por meio de DCTF e não pode ser exigido.

Porém, as informações trazidas e os documentos apresentados não permitem, de plano, confirmar a certeza e a liquidez do quanto afirmado. A informação trazida em DCTF veio somente após o despacho decisório de indeferimento de seu pleito compensatório, com alteração dos valores devidos e alocação do pagamento utilizado como crédito naquela compensação. Ou seja, após análise da situação fiscal então declarada em DCOMP.

Ainda, os documentos acostados exigem exame contábil para verificar os valores efetivamente devidos a título de IRPJ no período e sua eventual quitação, demonstrando a duplicidade da cobrança. A escolha pela via mandamental não permite tal cognição probatória, competindo à impetrante, já quando do ajuizamento do feito, comprovar o direito líquido e certo. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRRF. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ CONSTITUÍDA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

A solução do questionamento demandaria produção de prova, com oportunidade de contraditório. Ou seja, fica obstada a apreciação do *meritum causae* já que mercê de dilação probatória não comportada pela via mandamental, sendo insuficientes os documentos acostados aos autos para comprovar a incidência ou não do imposto de renda retido na fonte sobre os pagamentos realizados pela impetrante brasileira à impetrante espanhola, com base no art. 685 do Decreto nº 3.000/1999, em virtude do que foi estabelecido em tratado internacional firmado entre Brasil e Espanha, sob o argumento de que os rendimentos auferidos pela Impetrante espanhola deverão ser tributados apenas na Espanha. A autoridade impetrada informou que “não há nenhum contrato anexo aos autos de prestação de serviços entre a Catenon Brasil e a Catenon Espanha” e que “a descrição da maioria das invoices é de ‘management charge’, também denominados por outras empresas (...) de ‘management fee’. Essa descrição é, em primeiro lugar, incompatível com a afirmação de que os impetrantes firmaram entre si contratos de intercâmbio de atividades” (ID 1374449, p. 06).

Na espécie, seria necessária dilação probatória para averiguar as relações jurídicas negociais passíveis de serem atingidas pelas tratativas internacionais feitas para evitar a dupla tributação.

Agravo interno improvido.

(ApCiv 5000613-50.2017.4.03.6100/TRF3 – SEXTA TURMA/DES. FED. JOHONSOMDI SALVO/02.12.2019)

Por fim, a decisão administrativa de indeferimento prolatada pela DRJ também abala o direito líquido e certo alegado pela impetrante, impossibilitando entender como indevidos os débitos.

Não sendo possível afastar a exigibilidade das exações então impeditivas da emissão da certidão de regularidade fiscal e optando a impetrante pelo depósito judicial, tem-se a conversão em renda em favor da União dos respectivos valores, ficando resguardado o direito líquido e certo de conversão da guia previdenciária apontada em inicial, como já realizado administrativamente.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo da impetrante, dou provimento ao apelo da União Federal e parcial provimento ao reexame necessário, para conceder parcialmente a segurança.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. CONVERSÃO DE GPS EM DARF. RECONHECIMENTO DO DIREITO, CONFORME DECISÃO ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE DOS DÉBITOS IMPEDITIVOS DA EXPEDIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. CONVERSÃO DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS EM RENDA. RECURSO DA UNIÃO PROVIDO E REEXAME PARCIALMENTE PROVIDO PARA CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA. RECURSO DA IMPETRANTE DESPROVIDO.

1.No que tange ao pedido de conversão do GPS pago em DARF, a própria autoridade impetrada confirmou o acerto do pleito, deferindo-o administrativamente por meio do processo nº 10880.737.233/2020-17. Nada obstante, verificou-se a existência de saldo devedor mesmo com a conversão e alocação do pagamento, de R\$ 618,00, exigindo complementação. Os documentos analisados conferem com aqueles trazidos em inicial, nos valores de R\$ 71.238,23 e R\$ 10.451,40 (doc 09 – 145186585).

2.Em resposta, a impetrante acostou aos autos guias previdenciárias recolhidas por tomadora de serviço (nos valores de R\$ 460,69, 79,90 e 77,45), pugnano que a diferença se refere a tais pagamentos e que, por um lapso, não os indicou em sua inicial. Porém, o argumento não sobrevive pelo fato de tais pagamentos, ao menos pelo que consta nos autos, não terem sido objeto do pedido administrativo de conversão, inexistindo ato ou omissão administrativa. Ainda, em sendo o recolhimento realizado por outra empresa e como a própria impetrante reconhece, exige-se a sua autorização para a dita conversão, o que aqui não se fez comprovado.

3.Tem-se como direito líquido e certo a conversão dos pagamentos constantes em inicial (145186585), como reconhecido administrativamente, sendo certo também a existência de saldo devedor e a necessidade de conversão em renda dos depósito referente àquele saldo para fins de quitação. Eventual direito de crédito oriundo dos pagamentos realizados pela tomadora de serviços, por não terem sido pleiteados administrativamente e dado o supracitado óbice, não podem ser levados em consideração, cumprindo à impetrante obedecer aos devidos trâmites para buscar eventual restituição.

4.No que tange ao processo nº 10880.921.717/2017-39, afasta-se a tese de ilegitimidade passiva. A uma, a autoridade impetrada é competente para a cobrança dos débitos oriundos daquele processo de compensação, atraindo a dita autoridade para o polo passivo da demanda. A duas, há de se reconhecer que quem sofre suposta violação a direito líquido e certo por ato de autoridade muitas vezes tem dificuldade em identificar com exatidão o responsável pelo ato coator, não sendo razoável obstar a via mandamental pelo equívoco, estando a autoridade apta a defendê-lo.

5.No mérito, o pedido administrativo de compensação tem por crédito pagamento de DARF no valor de R\$ 79.972,93, com período de apuração de 30.06.2016, arrecadação em 31.08.16 e código 3373 (IRPJ trimestral). Conforme despacho decisório emitido em 02.05.17, o pagamento foi identificado, mas, ausente saldo credor, efetuou-se a cobrança do IRPJ devido para o primeiro trimestre, no valor principal de R\$ 80.772,66, conforme declarado em DCOMP (doc 24 – 145186600).

6.Conforme documentação trazida em inicial, o referido pagamento foi declarado em DCTF retificadora referente ao 02º trimestre de 2016, em 17.11.2017, informando a apuração de IRPJ devido em trimestre anterior no valor de R\$ 239.894,76, com pagamento em três quotas e alocação dos dois DARF's recolhidos em 30.06.2016 (145186598 – doc 22). A impetrante acostou ainda cópia da escrituração contábil digital do período de 2016 (145186599 – doc 23) para demonstrar a alegação de que o débito em cobrança já foi quitado por meio de DCTF e não pode ser exigido.

7.Porém, as informações trazidas e os documentos apresentados não permitem, de plano, confirmar a certeza e a liquidez do quanto afirmado. A informação trazida em DCTF veio somente após o despacho decisório de indeferimento de seu pleito compensatório, com alteração dos valores devidos e alocação do pagamento utilizado como crédito naquela compensação. Ou seja, após análise da situação fiscal então declarada em DCOMP.

8.Os documentos acostados exigem exame contábil para verificar os valores efetivamente devidos a título de IRPJ no período e sua eventual quitação, demonstrando a duplicidade da cobrança. A escolha pela via mandamental não permite tal cognição probatória, competindo à impetrante, já quando do ajuizamento do feito, comprovar o direito líquido e certo.

9.A decisão administrativa de indeferimento prolatada pela DRJ também abala o direito líquido e certo alegado pela impetrante, impossibilitando entender como indevidos os débitos.

10.Não sendo possível afastar a exigibilidade das exações então impeditivas da emissão da certidão de regularidade fiscal e optando a impetrante pelo depósito judicial, tem-se a conversão em renda em favor da União dos respectivos valores, ficando resguardado o direito líquido e certo de conversão da guia previdenciária apontada em inicial, como já realizado administrativamente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo da impetrante, deu provimento ao apelo da União Federal e parcial provimento ao reexame necessário, para conceder parcialmente a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005140-07.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: GRUPO SIS - SISTEMAS DE SEGURANCA E INFORMATICA LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GRUPO SIS - SISTEMAS DE SEGURANCA E INFORMATICA LTDA - ME contra decisão que, em execução fiscal de crédito tributário, ante a rejeição por parte da exequente, indeferiu nomeação à penhora de Debêntures da Companhia Vale do Rio Doce.

Sustenta a agravante, em síntese, que, para não sofrer grave lesão ao seu patrimônio, indicou como garantia da Execução Fiscal, debêntures da Companhia Vale do Rio Doce, demonstrando sua titularidade, bem como sua avaliação através do Laudo de Avaliação do Valor Patrimonial de Debêntures, cotação média da ação preferencial PNA da CVRD fornecida pela Bolsa de Valores de São Paulo. Ressalta que as debêntures encontram-se custodiadas no Banco Bradesco S/A, e esta instituição bancária pode proceder a sua transferência mediante emissão de uma ordem de transferência de ativos escriturais, sendo que referido ato, causa segurança ao negócio jurídico, não restando dúvidas sobre a legitimidade, seriedade e segurança da debênture oferecida como garantia de qualquer execução. Aponta que as debêntures, por possuírem cotação em bolsa de valores e liquidez imediata, o que não ocorre com os títulos ao portador, podem ser aceitas como garantia da execução fiscal. Frisa que o débito executado totaliza o montante de R\$ 41.253,67 e que ofereceu um lote de 200 (duzentas) debêntures participativas, Série Única, Código ISIN: BRVALEDBSO28 (CVRD A6), no valor total atualizado de R\$ 175.972,08 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e setenta e dois reais e oito centavos). Defende a prevalência do princípio da menor onerosidade ao devedor. Salienta que a não aceitação do bem ofertado poderá implicar na demora para uma quitação de débito e regularização de sua condição perante a sociedade, podendo ainda levar a Agravante ao verdadeiro “caos”; bem como que o bem oferecido à penhora não causará prejuízo à execução, nem tão pouco à exequente. Defende que a ordem contida no artigo 11 da Lei 6830/80 não é taxativa, que a execução fiscal deve sempre tramitar da forma menos onerosa ao executado, conforme dispõe o artigo 805 do NCPC, e que os títulos de crédito que tenham cotação em bolsa, como são os casos das debêntures, estão em segundo lugar na listagem de preferências, ultrapassando dessa forma os demais bens móveis e imóveis, conforme artigo 11 da Lei nº 6.830/80.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do agravo de instrumento, reformando a r. decisão agravada, a fim de para que sejam aceitos os bens oferecidos pela Empresa, nos termos do art. 805 do Novo Código de Processo Civil.

Em contramínuta (ID 127430227), a agravada pugna pelo desprovimento do recurso, aduzindo a ausência de liquidez e suficiência do valor ofertado, bem como que o STJ pacificou o entendimento de que é legítima a recusa ou a substituição, pela Fazenda Pública, de bem nomeado à penhora em desacordo com a gradação legal prevista nos artigos 11 da Lei nº 6.830/80, e 655 do CPC/1973.

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de aceitação de debêntures da Companhia Vale do Rio Doce como garantia da execução fiscal.

A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp 1.116.070-ES, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, pacificou entendimento no sentido de que na execução fiscal, o executado não tem direito subjetivo à aceitação do bem por ele nomeado à penhora em desacordo com a ordem estabelecida no art. 11 da Lei nº 6.830/1980, na hipótese em que não tenha apresentado elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC/73; atual art. 805 do CPC/2015), *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. *Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.*

(...)

4. *A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.*

5. *A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.*

6. *Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.*

7. *Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.*

8. *Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.*

9. *Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.*

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013)

Frise-se que, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem do art. 11 do mesmo diploma legal, cabendo a ele, devedor, o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastar a ordem legal dos bens penhoráveis, bem como, para que essa providência seja adotada, é insuficiente a mera invocação genérica do artigo 805 do CPC/2015 (artigo 620 do CPC/73).

Assim, se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC/2015 (artigo 620 do CPC/73), não menos certo é que a execução se realiza no interesse do exequente, nos termos do artigo 797 do CPC/2015 (artigo 612 do CPC/73).

Dessa forma, não está a Fazenda Pública exequente obrigada a aceitar bens nomeados à penhora em desobediência à ordem legal, justificando-se também a penhora via sistema BACENJUD.

Nesse sentido, julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BENS PENHORÁVEIS. ORDEM LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. DEPÓSITO EM DINHEIRO. SEGURO-GARANTIA. ANUÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. *O Tribunal a quo manteve decisão que autorizou a substituição de depósito judicial por seguro-garantia, com base em precedente segundo o qual o art. 15, I, da Lei 6.830/1980 permite que a penhora possa ser substituída, sem anuência do credor, quando o bem oferecido for dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia.*

2. *Conforme definido pela Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, é possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no art. 11 da LEF, além dos arts. 655 e 656 do CPC, mediante a recusa justificada da exequente (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009).*

3. Por outro lado, encontra-se assentado o entendimento de que fiança bancária não possui o mesmo status que dinheiro, de modo que a Fazenda Pública não é obrigada a sujeitar-se à substituição do depósito (AgRg nos EAREsp 415.120/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 27/5/2015; AgRg no REsp 1.543.108/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/9/2015; REsp 1.401.132/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/11/2013).

4. A mesma ratio decidendi deve ser aplicada à hipótese do seguro-garantia, a ela equiparado no art. 9º, II, da LEF. A propósito, em precedente específico, não se admitiu a substituição de depósito em dinheiro por seguro-garantia, sem concordância da Fazenda Pública (AgRg no AREsp 213.678/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2012).

5. Não consta, no acórdão recorrido, motivação pautada em elementos concretos que justifiquem, com base no princípio da menor onerosidade, a exceção à regra.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1592339/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 01/06/2016)

Conclui-se, assim, que as alterações promovidas pela Lei nº 13.043/2014 ampliaram possibilidades em favor do executado, mas não revogou a preferência legal estatuída no artigo 11 da LEF.

No presente caso, a ora agravante ofereceu em garantia da execução fiscal um lote de 200 (duzentas) debêntures participativas, Série Única, Código ISIN: BRVALEDBSO28 (CVRD A6), no valor total atualizado de R\$ 175.972,08 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e setenta e dois reais e oito centavos).

In casu, restou fundamentada pela exequente a recusa da nomeação do seguro garantia judicial ofertado pela executada, ora agravante, conforme manifestação lançada em ID 126061102, por não observar a ordem estabelecida pelo art. 11 da Lei 6.830/80, além de se tratar de bens de difícil e incerta liquidação/alienação. Em contraminuta ao presente recurso, a Fazenda Nacional reforçou ainda a ausência de liquidez e suficiência do valor dos bens ofertados, *in verbis*:

"O artifício consiste em atribuir alto valor a estas debêntures cujo valor de emissão correspondeu a um centavo por título, e, quando negociadas no mercado, alcançam o valor máximo de 2 centavos (informações obtidas no sítio da Vale) 8. Ainda, em consulta ao sítio da Cia vale do Rio Doce na internet, 06 de outubro de 2019 - http://www.vale.com/PT/investors/Equitydebt/debentures/DebenturesParticipativasDocumentos/0924_Deb%C3%AAntures_correca_o_p.pdf) pode-se constatar que a Vale reconheceu, em 24 de setembro no ano de 2019 o valor de R\$ 1,013 de rendimentos à cada debênture. Portanto, o valor aduzido pela agravante é apenas especulativo, razão pela qual, não é possível garantir a execução. 9. Não bastasse a ausência de liquidez e suficiência do valor ofertado, é importante destacar que, conforme constou na r. decisão agravada, em sede de recurso repetitivo (REsp 1.337.790/PR, Rel. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013) o STJ pacificou o entendimento de que é legítima a recusa ou a substituição, pela Fazenda Pública, de bem nomeado à penhora em desacordo com a gradação legal prevista nos artigos 11 da Lei nº 6.830/80, e 655 do CPC/1973."

Ademais, no presente caso, nada de concreto foi trazido a justificar a substituição da penhora em dinheiro, não bastando para tal a mera alegação de que "a não aceitação do bem ofertado poderá implicar na demora para uma quitação de débito e regularização de sua condição perante a sociedade, podendo ainda levar a Agravante ao verdadeiro 'caos'."

Neste sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. RECUSA DO CREDOR. POSSIBILIDADE.

1. Os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, não obstante a possibilidade de nomeação à penhora, as debêntures da Companhia Vale do Rio Doce são títulos dotados de baixa liquidez e difícil alienação, sendo lícito à Fazenda recusá-los diante da ordem de preferência estipulada no art. 11 da Lei 6.830/80, não importando tal medida em afronta ao princípio da menor onerosidade, visto que a execução se dá no interesse da satisfação do credor: Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 841.373/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017)

RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. NOMEAÇÃO À PENHORA. RECUSA PELA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. DESOBEDIÊNCIA À ORDEM LEGAL.

1. Conquanto seja possível a nomeação à penhora das debêntures da CVRD, em razão de sua baixa liquidez e difícil alienação, é válida a recusa da parte exequente, diante da ordem de preferência estabelecida no art. 11 da Lei 6.830/80, o que não importa violação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), tendo em vista que a execução se dá também no interesse da satisfação do credor.

Entendimento firmado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

2. Precedentes: AgRg no AREsp 848.279/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 13/05/2016 e AgRg no AREsp 836.623/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 08/03/2016.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 954.136/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 03/02/2017)

agravada. Ante o exposto, o art. 932 do Código de Processo Civil de 2015, **nego provimento ao agravo de instrumento, mantendo a r. decisão**

Comunique-se o MM. Juízo *a quo*.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos a Vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 9 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000223-48.2020.4.03.6109

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TEK-SANA TECIDOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: CESAR MAURICIO ZANLUCHI - SP185181-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000223-48.2020.4.03.6109

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TEK-SANA TECIDOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: CESAR MAURICIO ZANLUCHI - SP185181-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno da União (ID 140865796) contra decisão monocrática deste Relator que entendeu aplicável ao caso a tese fixada pelo STF no RE 574.706/PR, **deu parcial provimento** à apelação da União Federal e à remessa necessária, apenas para conformar o direito de repetição do indébito às normas de regência (ID 139947343).

Recurso respondido (ID 144605886).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000223-48.2020.4.03.6109

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TEK-SANA TECIDOS EIRELI

Advogado do(a) APELADO: CESAR MAURICIO ZANLUCHI - SP185181-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Quanto à insistência da União no sobrestamento do feito, não tem qualquer propósito.

É desnecessária – e ilegal – a suspensão do andamento do processo até que o STF aprecie embargos de declaração onde busca modulação dos efeitos do Tema nº 69. Além dos extensos argumentos por nós apresentados, é de se invocar a posição do próprio STF, posto em reclamação deduzida pela União Federal contra acórdão desta Corte, exarada pelo Ministro Relator, no seguinte sentido: “...o exame do ato reclamado evidencia, em face da situação concreta ora apreciada, que não ocorreu usurpação da competência desta Suprema Corte nem sequer transgressão da autoridade do julgamento do RE 574.706/PR, pois a decisão de que se reclama limitou-se a confirmar a aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, ao caso, tendo em vista a desnecessidade de aguardar-se o trânsito em julgado (ou eventual modulação temporal dos efeitos) do acórdão desta Suprema Corte invocado, pela parte reclamante, como paradigma de confronto (...) 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– RE 1.006.958-AgR-ED-ED/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) (...) Não constitui demasia assinalar que a modulação, no tempo, da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de matéria revestida de caráter excepcional, não se presume nem inibe, ante a sua potencial adoção (que exige, mesmo em sede de controle incidental, pronunciamento por maioria qualificada de 2/3 dos juízes desta Corte, consoante acentuado em Questão de Ordem no RE 586.453/SE), a incidência imediata da regra consubstanciada no art. 1.040, I, do CPC/2015, o que afasta, por isso mesmo, eventual alegação de ofensa à autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal ou da usurpação de sua competência, inviabilizando, em consequência, o acesso à via da reclamação...” (Reclamação nº 30.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 09 de agosto de 2018, DJe-164 DIVULG 13/08/2018 PUBLIC 14/08/2018).

No sentido do exposto (aplicação do tema desde logo): 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. Isso porque “a sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral” (RE 440787 AgR-segundo, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2018 PUBLIC 21-05-2018).

Isso basta para se constatar o acerto da posição desta Corte Regional em aplicar, prontamente, o tema decidido em repercussão geral, de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

No mérito, as razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 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".

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019), não havendo que se falar em ofensa ao princípio da congruência ou do dispositivo, vez que a exclusão do ICMS destacado é corolário da aplicação ao caso do precedente firmado pelo STF.

No mais, a Suprema Corte vem aplicando o Tema nº 69 (“O STF, no exame do RE 574.706 (Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, Tema 69), firmou entendimento no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins” - RE 883399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Nesse mesmo sentido: RE 1100405 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 11-04-2019 PUBLIC 12-04-2019- RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018 - 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.

A questão de “qual” ICMS deve ser expurgado do cálculo de PIS/COFINS faz parte do mérito, porquanto a própria Ministra Relatora Carmem Lúcia tratou da matéria, como já acentuamos.

Ainda, a intenção fazendária de que solução de consulta proferida por órgão administrativo se sobreponha ao entendimento do STF e desta Corte Regional, é despropositada uma vez que o Judiciário não se submete às repartições públicas, já que, pela Constituição, o contrário é a verdade.

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da demanda), conforme o procedimento já esclarecido alhures, o qual se pauta pelo quanto a lei e a jurisprudência definiram a respeito da recuperação de obrigação tributária indevida ou “a maior”.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é 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. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO QUE FOI ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0013135-19.2016.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MVE SF - EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: IVA GAVASSI JORGE FERNANDES - SP279566-A, ELOISE ZORATTO DE MORAES - SP230932-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0013135-19.2016.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MVE SF - EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: IVA GAVASSI JORGE FERNANDES - SP279566-A, ELOISE ZORATTO DE MORAES - SP230932-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação anulatória de lançamento fiscal, cancelamento de protesto e indenização por danos morais, em face de protesto e negativação perante órgão de proteção ao crédito.

A contribuinte alega o pagamento dos tributos.

A sentença (ID 65635459 – Pág. 28/33) extinguiu o feito, sem a resolução de mérito, em relação ao pleito anulatório, ante o cancelamento administrativo dos débitos. No mais, julgou o pedido inicial procedente, para determinar o cancelamento dos protestos e condenar a União ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), além dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da indenização e dos protestos cancelados.

Nas razões de apelação (ID 65635459 – Pág. 54/60), a União requer a reforma parcial da sentença, para julgamento de improcedência do pedido indenizatório. Argumenta com a inexistência de ato ilícito da Administração a ensejar o dever de reparar, porque a cobrança do crédito teria decorrido de equívoco na declaração apresentada pela contribuinte.

Contrarrazões (ID - 65635464).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0013135-19.2016.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MVE SF - EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: IVA GAVASSI JORGE FERNANDES - SP279566-A, ELOISE ZORATTO DE MORAES - SP230932-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Passo à análise do mérito.

Do dever de indenizar

No caso concreto, houve lançamento fiscal relativo a IRPJ e CSLL, decorrente de declaração equivocada enviada pela contribuinte.

De outro lado, os pagamentos dos tributos foram realizados em 30 de setembro de 2013 (ID - 65635458 – Pág. 25/31).

A contribuinte formalizou, em 16 de fevereiro de 2016, pedidos de revisão administrativa dos débitos inscritos em dívida ativa (ID - 65635458 – Pág. 38/45), nos quais informou os pagamentos e a apresentação de declarações retificadoras.

Mesmo após a providência, as certidões de dívida ativa foram encaminhadas a protesto em julho de 2016 (ID 65635458 – Pág. 47/48), com a consequente negativação perante órgão de proteção ao crédito (ID - 65635458 – Pág. 53/57).

É evidente que os débitos ensejadores do protesto demandavam revisão, como de fato ocorreu na seara administrativa após o ajuizamento desta ação.

Os equívocos praticados pela União – indevido protesto e a inscrição junto a órgão de proteção ao crédito – geram a obrigação de indenizar, pois presentes os nexos causais, os danos e as condutas ilícitas.

A jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SPC. AUSÊNCIA DE APONTAMENTO DOS DISPOSITIVOS DO CDC VIOLADOS. MANUTENÇÃO DO NOME DO DEVEDOR POSTERIORMENTE À QUITAÇÃO DA DÍVIDA. RETIRADA. ÔNUS DO CREDOR. DANO MORAL CARACTERIZADO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. DANO PRESUMIDO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

(...)

2. A inércia do credor em promover, com brevidade, o cancelamento do registro indevido gera o dever de indenizar; independentemente da prova do abalo sofrido pelo autor; sob forma de dano presumido.

3. Recurso conhecido em parte e, na extensão, provido.

(STJ, REsp 588429/RS, Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Quarta Turma, julgado em 17/04/2007, DJ 28/05/2007 p. 344)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CUMULADA COM PEDIDOS DE ANULAÇÃO DE TÍTULOS DE CRÉDITO, DE CANCELAMENTO DE PROTESTOS E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DUPLICATAS MERCANTIS. TÍTULOS TRANSFERIDOS POR ENDOSSO TRANSLATIVO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA.

(...)

3. O dano moral, oriundo de inscrição ou manutenção indevida em cadastro de inadimplentes ou protesto indevido, prescinde de prova, configurando-se in re ipsa, visto que é presumido e decorre da própria ilicitude do fato. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no AREsp 858040/SC, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado 02/05/2017, DJe 09/05/2017)

"DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. AJUIZAMENTO INDEVIDO DE EXECUÇÕES FISCAIS. DÍVIDA FISCAL PAGA. AJUIZAMENTO EM VALOR EXCESSIVO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. ERRO DA FAZENDA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. 1. A Constituição Federal (art.5º, inciso V), assegura o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem, sendo certo que no plano da legislação infraconstitucional, o Código Civil de 2002, dispõe, no seu artigo 186, que aquele, que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, sendo, pois, francamente admitida a reparação do evento danoso de ordem moral. 2. Quanto ao dano moral, os fatos restaram suficientemente provados nos autos e apontam, com segurança, que a autora foi atingida em seus direitos da personalidade, na dimensão da imagem e do bom nome, tendo isso ocorrido em razão de conduta negligente da ré, que agiu com culpa, ao ajuizar indevidamente as execuções fiscais alhures mencionadas, ensejando também a inscrição indevida do nome da autora em cadastro de órgão de proteção ao crédito, e uma das principais características dos cadastros de inadimplentes é a publicidade, e as possibilidades vexatórias por conta da perda da confiança pública na capacidade de cumprimento de obrigações negociais. 3. Nos termos da súmula nº. 227, do Superior Tribunal de Justiça, a pessoa jurídica pode sofrer dano moral. 4. No caso dos autos, restou patente que a autora sofreu constrangimento, em face de cobrança indevida e da inscrição do seu nome no referido cadastro de devedores, atingindo-lhe a imagem e o bom nome, radicando, pois, na União Federal a obrigação de indenizar. 5. Insta registrar que as execuções foram ajuizadas em 1999 e a autora somente conseguiu afastar a restrição cadastral junto ao SERASA com a concessão do pedido de liminar, nos autos da cautelar preparatória, em 2001. 6. Todavia, a apelada não logrou provar os demais prejuízos alegados, conquanto nenhum documento foi acostado aos autos para demonstrar a alegação de restrição de crédito junto a fornecedores ou proibição de participação em licitações. 7. Assim sendo, mostra-se desarrazoado o valor da indenização fixado pela sentença, correspondente ao excesso ou da indevida cobrança judicial, no momento em que foi proposta cada execução, pois, isso implica, em simples operação aritmética, diferença, a título de indenização por dano moral, que atinge valor despropositado em face dos danos efetivamente demonstrados nos autos. 8. Assim sendo, restando demonstrado que o ajuizamento das execuções fiscais causou transtornos e prejuízo à autora, ora apelada, decorrendo daí o dever de indenizar e considerando o dano efetivamente comprovado nos autos, reduz-se o valor da indenização por dano moral para R\$ 15.000,00, suficiente o bastante para a reparação plena dos prejuízos suportados, impondo-se, pois, a reforma parcial da sentença. 9. Apelação e remessa oficial a que se dá parcial provimento."

(ApReeNec 00023546020014036105, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/08/2009 PÁGINA: 103 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DANO MORAL COMPROVADO - RESTRIÇÃO DE CRÉDITO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.

I - O artigo 26 da Lei nº 6.830/80 isenta as partes de ônus quanto ao próprio processo de execução, não produzindo efeitos fora deste.

II - Para a fixação da responsabilidade civil é necessário estabelecer os pressupostos da obrigação de indenizar, a saber: ação ou omissão do agente, culpa, nexa causal e dano.

III - O simples ajuizamento de execução fiscal, sem a comprovação de maiores prejuízos, como a restrição ao crédito e a inscrição em cadastro de devedores, não traz abalo moral que permita a indenização.

IV - Caso em que restou comprovado o dano, pois o apelado teve o seu nome indevidamente inscrito no SERASA, ficou impossibilitado de obter "cheque especial", teve seus cheques devolvidos e não pôde comprar a prazo junto a seus fornecedores.

V - Inexistência de culpa exclusiva ou concorrente do contribuinte, que não está obrigado a requerer certidão negativa de débito para verificar a sua situação.

VI - A atualização monetária deve ocorrer a partir do arbitramento do quantum debeatur (Súmula nº 362 do STJ). Os juros moratórios e a atualização monetária, depois de julho de 2009, segue o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.497/97, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.960/09.

VII - Preliminar rejeitada. Apelação parcialmente provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 1103474-59.1997.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 03/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/10/2013)

"AÇÃO ORDINÁRIA. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO NO CADIN E AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO EXCLUÍDO DO QUADRO SOCIETÁRIO. DÉBITOS POSTERIORES. ILEGITIMIDADE. CONSTRANGIMENTO COMPROVADO. NEGATIVA DE CRÉDITO E FORNECIMENTO DE TALONÁRIOS. 1. Cuida-se de ação ordinária de indenização por danos morais, ante indevida inscrição do nome do autor no CADIN, decorrente de sua inclusão como sócio em Certidão de Dívida Ativa, que instruiu execução fiscal ajuizada contra empresa de cujo quadro societário não mais fazia parte à época dos fatos geradores. 2. Sem embargo de restar amplamente comprovado nos autos que o autor, de fato retirara-se da sociedade em 26.04.1999, conforme ficha cadastral da JUCESP, enquanto os débitos que deram origem à Certidão de Dívida Ativa e conseqüente inscrição no CADIN e ajuizamento do executivo fiscal tem início em 12/2000, a contestação do INSS sequer aborda a questão, limitando-se a discutir o dano moral alegado. Não há controvérsia, portanto, acerca do fato. 3. Ademais, a jurisprudência reconhece pacificamente a ilegitimidade de sócio que não consta do quadro societário à época do fato gerador que originou o débito. 4. Como sabido, a responsabilidade civil consiste na obrigação imposta a alguém de ressarcir os danos sofridos por outrem, podendo ser contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva e os pressupostos clássicos da responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, a teor do artigo 159 do caduco Código Civil, e art's. 186 e 927 do atual, consubstanciam-se na ação ou omissão do agente, culpa, em uma de suas três vertentes (negligência, imprudência ou imperícia), relação de causalidade e dano experimentado pela vítima. 5. Ocorridos todos esses requisitos, nasce ao causador do evento a obrigação de ressarcir in totum os danos sofridos pelo lesado. De fato, tal responsabilidade somente poderá ser excluída quando houver ausência de nexo da causalidade, culpa exclusiva da vítima, legítima defesa, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior. 6. Também admitido pela Corte Maior a indenização por dano moral decorrente de ato das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público (CF: art. 37), em face do acolhimento da teoria da responsabilidade objetiva destes entes com base no risco administrativo, o que permite certo abrandamento se houver prova de que a vítima concorreu para o evento danoso. Veja-se RE 179.147/SP, Min. Rel. Carlos Velloso, DJ de 27.02.98, pg. 18. 7. Dentro desse quadro, constatada a ocorrência do nexo causal entre a conduta do INSS e o alegado dano moral. 8. O autor carrou para os danos declaração firmada por gerente do Banco de Brasil no sentido da impossibilidade de fornecimento de crédito em virtude de anotações restritivas junto ao CADIN, bem como ofício da Caixa Econômica Federal informando serem inviáveis operações de crédito e fornecimento de talão de cheques da conta jurídica 2977.003.63-1, em nome de Office10 Consultoria e Auditoria Contábil Ltda., empresa da qual o autor é sócio-gerente, devido a ocorrência registrada no SERASA, referente a anotação no CADIN em seu nome. E, ainda, consultas do Sistema Interno do Banco do Brasil acerca de anotações/impedimentos/restrições, nas quais aparece a inscrição no CADIN. 9. Conquanto o dano moral, na hipótese, dispense comprovação, posto que inerente ao próprio evento danoso, o autor desincumbiu-se de seu ônus processual (CPC: art. 333, I) e demonstrou o constrangimento sofrido em decorrência da indevida inscrição de seu nome no CADIN. Precedentes. 10. O valor indenizatório fixado, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) está dentro do razoável. O que releva, para a fixação do dano moral, são as peculiaridades do caso, o princípio da razoabilidade e os parâmetros indicados na pacífica jurisprudência do C. STJ, donde que reputo suficiente para compensar a autoria, sem proporcionar-lhe enriquecimento ilícito. 11. Apelo do INSS a que se nega provimento, para manter a sentença."

(AC 00017199120064036109, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

A União deve arcar com a verba de sucumbência.

Determino, por fim, a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Por estes fundamentos, **nego provimento à apelação.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – INDEVIDO PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DEVER DE INDENIZAR EXISTENTE.

1. No caso concreto, houve lançamento fiscal relativo a IRPJ e CSLL, decorrente de declaração equivocada enviada pela contribuinte. De outro lado, os pagamentos dos tributos foram realizados em 2013.

2. A contribuinte formalizou, em 2016, pedidos de revisão administrativa dos débitos inscritos em dívida ativa, nos quais informou os pagamentos e a apresentação de declarações retificadoras.

3. Mesmo após a providência, as certidões de dívida ativa foram encaminhadas a protesto, com a conseqüente negativação perante órgão de proteção ao crédito.

4. É evidente que os débitos ensejadores do protesto demandavam revisão, como de fato ocorreu na seara administrativa após o ajuizamento desta ação.
5. Os equívocos praticados pela União – indevido protesto e a inscrição junto a órgão de proteção ao crédito – geram a obrigação de indenizar, pois presentes os nexos causais, os danos e as condutas ilícitas.
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5012662-22.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: GRANAI, GRANAI E GRANAI IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012662-22.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: GRANAI, GRANAI E GRANAI IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que rejeitou exceção de pré-executividade e condenou o executado ao pagamento de multa por litigância, no valor de 1% (um por cento) da execução, nos termos do artigo 80, incisos V e VI, do Código de Processo Civil.

O executado, ora agravante, sustenta a inviabilidade de aplicação de juros pela taxa Selic.

Afirma a irregularidade de aplicação da multa por litigância de má-fé. No caso concreto, apenas teria exercido o direito de defesa. A existência de jurisprudência das Cortes Superiores não impediria o questionamento do tema.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido, em parte, para afastar a multa por litigância de má-fé (ID 63533975).

Resposta (ID 80538310).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012662-22.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: GRANAI, GRANAI E GRANAI IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

No caso em análise, o artigo 13 da Lei nº. 9.065/95, descrito na Certidão de Dívida Ativa, determina a aplicação da taxa Selic.

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade da incidência da taxa Selic na atualização do crédito fiscal, no regime de julgamentos repetitivos:

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.

4. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 582461, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "JCMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação do bis in idem. / Taxa SELIC. Aplicação para fins tributários. Inconstitucionalidade. / Multa moratória estabelecida em 20% do valor do tributo. Natureza confiscatória."

5. Nada obstante, é certo que o reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

6. Com efeito, os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

7. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

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 provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 879.844/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 25/11/2009)

No mais, a.r. decisão (ID 63255276):

"Passo a apreciar o pedido formulado de condenação da parte executada na multa processual prevista no art. 81, do Código de Processo Civil, diante da caracterização da litigância de má-fé.

Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, há anos, sedimentaram a legalidade da utilização da taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

A sustentação de tese contrária àquela firmada em jurisprudência vinculativa, desacompanhada de argumentação suficiente, permite enquadrar a conduta dentre as tipificadas no art. 80, do Código de Processo Civil.

Simplesmente afrontar o conteúdo das decisões das Cortes Superiores, sem apontar a distinção, ou o motivo para a superação da Jurisprudência, implica inegável atuação temerária, com intuítos explicitamente protelatórios, a prejudicar ainda mais o direito do credor; ao passo que contribui para o congestionamento do sistema de Justiça".

O Código de Processo Civil:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (...)

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

A apresentação de pretensão ao Judiciário não configura ato processual questionável.

Não há litigância de má-fé mas, sim, exercício do direito de defesa.

Por tais fundamentos, **dou parcial provimento ao agravo de instrumento**, para afastar a multa por litigância de má-fé.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ATUALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: TAXA SELIC. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DIREITO DE DEFESA. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: DESCABIMENTO.

1. O artigo 13 da Lei nº. 9.065/95, descrito na Certidão de Dívida Ativa, determina a aplicação da taxa Selic.
2. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade da incidência da taxa Selic na atualização do crédito fiscal, no regime de julgamentos repetitivos.
3. A apresentação de pretensão ao Judiciário não configura ato processual questionável. Não há litigância de má-fé mas, sim, exercício do direito de defesa.
4. Agravo de instrumento provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, para afastar a multa por litigância de má-fé, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001334-53.2019.4.03.6125

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: TRANS-BERNARDES CARGAS E ENCOMENDAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001334-53.2019.4.03.6125

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: TRANS-BERNARDES CARGAS E ENCOMENDAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Toru Yamamoto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a exclusão da CPRB da **base de cálculo do PIS e da COFINS**, com a compensação de valores.

A r. sentença (ID 138912008) julgou o pedido inicial improcedente.

A impetrante, ora apelante (ID 138912014), afirma que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da inclusão do ICMS na base do PIS e da COFINS seria aplicável ao caso concreto.

Resposta (ID 138912018).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 139435984).

É o relatório.

aac

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001334-53.2019.4.03.6125

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: TRANS-BERNARDES CARGAS E ENCOMENDAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Toru Yamamoto:

A declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos os tributos da cadeia produtiva.

O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de **imposto** na base de cálculo das contribuições.

A hipótese dos autos é **diversa** porque se questiona a incidência das contribuições sobre contribuição social.

Precedentes recentes desta Corte:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS E DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA - CPRB. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Nos termos do art. 7º, § 5º, da Lei nº 12.546/11, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.715/12, o contribuinte pode, em substituição às contribuições previstas no art. 22, I e III, da Lei nº 8.212/91, recolher a contribuição previdenciária sobre a receita bruta.

5- Embora se trate de opção de recolhimento colocada à disposição da empresa, a referida contribuição sobre a receita bruta não perde a natureza de despesa para o empregador e não se confunde os tributos incidentes sobre a venda cujos valores são repassados ao consumidor final.

6 - O entendimento proferido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, consistente na exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se aplica à Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, porque se trata de tributos distintos.

7- Agravo de instrumento desprovido.

(TRF-3, AI 5010268-42.2019.4.03.0000, TERCEIRA TURMA, Rel. DES. FED. CECÍLIA MARCONDES, j. 25/07/2019, publicação em 29/07/2019).

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DA CPRB DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUTO DIRETO, NÃO ASSUMINDO TRANSLAÇÃO QUE PERMITA CONSIDERAR O CONTRIBUINTE COMO MERO DEPOSITÁRIO DOS VALORES. EC 20/98. RECURSO E REEXAME PROVIDOS PARA DENEGAR A SEGURANÇA.

(TRF-3, AI 5021105-63.2017.4.03.6100, SEXTA TURMA, Rel. DES. LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, j. 26/07/2019, publicação em 30/07/2019).

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO INTERNO - REPERCUSSÃO GERAL - MODULAÇÃO EFEITOS STF - OPOSIÇÃO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PIS/COFINS EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA RETIFICAR DECISÃO ANTERIOR QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Não há falar em ocorrência de preclusão consumativa pela interposição anterior de agravo interno, uma vez que esta se deu antes da decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, corrigindo suposto erro material e ampliando os termos da decisão monocrática proferida para excluir as contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

2. No que se refere à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, eventual modulação do julgado não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes.

3. Impossibilidade de sobrestamento do feito, pois, consoante entendimento firmado pelo STJ, o instituto exige expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1035, § 5º, do CPC/15 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73.

4. Retifico entendimento esposado na decisão que deu provimento aos embargos de declaração, pois a pretensão da impetrante em excluir o valor das próprias contribuições das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS nos recolhimentos vencidos destas exações é tema que envolve créditos públicos que não cabe ao Judiciário dispensar inopinadamente. Até porque o STF já entendeu constitucional a incidência do ICMS sobre si mesmo (cálculo "por dentro" - AI 651873 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-210 DIVULG 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011 EMENT VOL-02619-03 PP-00372, etc.), sendo incabível invocar o quanto decidido pelo STF no RE nº 574.706 porque o caso aqui tratado se refere à tributação distinta.

3. Agravo interno parcialmente provido para retificar a decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, no ponto em que houve a exclusão das contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371404 - 0002198-28.2017.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 08/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2018).

Prejudicado o pedido de compensação.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

aac

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - EXCLUSÃO DA CPRB: DISTINÇÃO – COMPENSAÇÃO: IMPOSSIBILIDADE.

1. A declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos tributos da cadeia produtiva.

2. O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de imposto na base de cálculo das contribuições. Com relação à CPRB, a hipótese é diversa, porque se questiona a incidência das contribuições sobre contribuição social.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5019012-26.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019012-26.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em execução fiscal, determinou a inclusão de empresas no polo passivo.

A co-executada Expresso Vitória da Bahia Ltda., ora agravante, afirma a obrigatoriedade de instauração do Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica (artigos 133 a 137, do Código de Processo Civil), para o reconhecimento de grupo econômico e sucessão empresarial, em execução fiscal.

Sustenta a inoocorrência de sucessão empresarial: não teria ocorrido aquisição de fundo de comércio da executada original, Viação Farol da Barra Ltda., tampouco transferência de funcionários. As empresas possuiriam endereços distintos.

Afirma que o fato de tanto a agravante quanto a executada original participarem de sociedade de propósito específico, constituída para atender as exigências do Poder Público, não configura sucessão empresarial.

Argumenta com a impossibilidade de alteração do polo passivo, emenda ou substituição da CDA. Afirma, ainda, que eventual responsabilidade por sucessão seria subsidiária.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (ID 85833299).

Embargos de declaração da agravante (ID 90333647), nos quais aponta obscuridade: a r. decisão agravada teria acolhido a tese de sucessão empresarial, e não de grupo econômico.

Respostas (ID 94803705, 97567929).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019012-26.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

*****Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*****

Na sessão de julgamento realizada em 8 de fevereiro de 2017, o Órgão Especial desta Corte admitiu a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas acerca do tema:

PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

- 1. O requisito legal de efetiva repetição de processos que tem por objeto a mesma questão de direito restou comprovado pelos extratos de andamento processual que foram juntados aos autos.*
- 2. Risco de ofensa à segurança jurídica e isonomia restou caracterizado diante do ambiente de dubiedade procedimental estabelecido.*
- 3. Questão controvertida de direito processual: o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.*
- 4. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas admitido.*

(TRF-3, IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000/SP, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, DJe 15/02/2017).

Em decisão publicada em 17 de fevereiro de 2017, o Relator determinou "**a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução**".

A suspensão determinada pelo Relator não atingiu os casos de grupo econômico de fato.

A jurisprudência da Sexta Turma:

TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - GRUPO ECONÔMICO DE FATO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA - INDÍCIOS DE CONFUSÃO PATRIMONIAL E DESVIO DE FINALIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

- 1. A Fazenda Nacional agita a existência de um grupo econômico de fato; a prova documental amealhada pela Fazenda Nacional permite a incidência inversa do art. 50 do Código Civil.*
- 2. Esta 6ª Turma prestigia o entendimento de que **indícios veementes autorizam a medida, sendo desnecessária uma ação específica para o reconhecimento do grupo econômico.***
- 3. Agravo desprovido.*

(TRF3, AI 00302654820094030000, SEXTA TURMA, DES. FED. JOHNSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 08/05/2015).

*****Grupo econômico e sucessão empresarial*****

A.r. decisão agravada (fls. 113/117, ID 83723888):

“É o que se extrai dos seguintes autos: há prova de que a executada foi dissolvida irregularmente (certidão do Oficial de Justiça, nos termos dos precedentes da súmula 435 do STJ), conforme tentativas frustradas de citação já mencionadas no breve relatório, coincidência de endereços, atividade explorada (transporte de passageiros), sócios e administração, bem como transferência de funcionários e de atividade operacional.

De fato, consta filial da empresa executada Viação Farol da Barra Ltda. no endereço Rua Conde de Porto Alegre, 500, IAPI, Salvador/BA (fl. 253-verso, em 1998), posteriormente transferida para Estrada Lobato-Campinas, 64, Anexo, Campinas de Pirajá (fl. 254-verso, em 2003). Consta quanto à empresa Expresso Vitória Bahia Ltda., por sua vez, a abertura de filial no mesmo endereço à Rua Conde de Porto Alegre, em 2002 (fl. 287-verso), tendo sido transferida em 2003 para o mesmo endereço na Estrada Lobato-Campinas (fl. 288-verso). Além disso, em documentação oficial, a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. aponta como seu endereço esse mesmo local (fls. 298 e 434, por exemplo).

As duas empresas possuem como sócios e administradores as pessoas físicas Daniel Ribeiro da Silva, Edmilson Alves dos Santos e Esdras Ribeiro da Silva (fls. 253 e 287).

Além disso, é **comprovado ter havido transferência de funcionários da empresa executada para a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (fls. 300/308), com claro esvaziamento de empregados vinculados à empresa executada (fl. 271). Ademais, a linha municipal que antes era explorada pela executada passou à exploração da empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (fl. 323), o que já foi inclusive reconhecido pela Justiça Trabalhista da localidade.**

Esses fatos analisados conjuntamente, formam forte prova de que **houve sucessão entre as empresas**, ensejando a responsabilização tributária da empresa Expresso Vitória Bahia Ltda., com fundamento no art. 133, I, do CTN”.

A União requereu a inclusão da agravante e da empresa RD Turismo Transporte Rodoviário no polo passivo. Apontou a existência de confusão patrimonial.

Informou que o grupo econômico foi reconhecido pela Justiça Estadual de São Paulo, em outros processos (fls. 3/32, ID 83721881).

Há prova sobre a identidade de sócios, do objeto social, da proximidade de endereços e da continuidade, pela agravante, das atividades desenvolvidas pela executada.

Nessa análise inicial, e da leitura das provas, verifica-se indícios de fraude e confusão patrimonial que justificam a inclusão da agravante no polo passivo.

Jurisprudência da Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL. ART. 133 DO CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INDÍCIOS SUFICIENTES A ENSEJAR O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

1. O art. 133 do CTN trata da responsabilidade tributária caracterizada pela sucessão da atividade empresarial, ou seja, com a aquisição do fundo de comércio ou do estabelecimento, por qualquer título, sendo que o adquirente continua o negócio antes explorado, beneficiando-se da estrutura organizacional anterior; inclusive com a manutenção da clientela até então formada.

2. **Para que se possa concluir pelo redirecionamento da execução contra outra empresa, há de ser feita análise de cada caso concreto; não se faz necessária a comprovação exauriente acerca da responsabilidade da pessoa jurídica, entretanto, deve emergir do contexto probatório, situação que aponte a presença de fortes indícios a caracterizar a sucessão empresarial.**

3. Em análise ao caso vertente, infere-se que a empresa indicada como sucessora encontra-se no mesmo endereço em que era estabelecida a executada; que ambas as empresas possuem idêntico ramo de atividade, qual seja, comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas; comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, o que indica que a empresa sucessora está se valendo do ponto comercial e da clientela formada pela sucedida. Observa-se ainda a existência de laço familiar entre os responsáveis tributários das empresas, pois possuem o mesmo sobrenome.

4. Tais circunstâncias constituem indícios suficientes para a caracterização da responsabilidade por sucessão tributária, nos termos do art. 133 do CTN, ensejando o redirecionamento da execução fiscal.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024343-57.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 01/04/2019, e- DJF3 Judicial 1 DATA: 04/04/2019)

A agravante foi incluída no polo passivo da execução fiscal na qualidade de sucessora tributária, nos termos do artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A responsabilidade é **solidária**. Não se exige novo lançamento.

Ademais, tratando-se de inclusão posterior, não é exigível que o nome da co-executada conste da CDA.

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo de instrumento. Embargos de declaração prejudicados.

É o voto.

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Peço vênia para divergir do e. Relator

Discutindo-se o redirecionamento da execução fiscal para o sócio e/ou sociedade empresária, examinei com mais profundidade as questões jurídicas relacionadas ao IDPJ nas relações jurídico-tributárias para concluir pela compatibilidade e necessidade da instauração do incidente em todas as hipóteses de desconsideração de personalidade jurídica, sejam as previstas no CTN a título de responsabilidade tributária com base nos artigos 128 a 138, sejam as hipóteses enquadradas no artigo 50 do Código Civil, conforme meu voto no INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 0017610-97.2016.4.03.0000/SP, pendente de julgamento final no Órgão Especial.

O novo estatuto processual civil foi instituído exatamente para suprir uma lacuna da legislação a respeito da forma de inclusão de novos executados nas execuções em geral, aí incluídas as execuções fiscais (em quaisquer hipóteses de responsabilização, sejam as previstas no Código Tributário Nacional, sejam decorrentes de desconsideração de personalidade jurídica objeto de regulação no artigo 50 do Código Civil).

Observo que esta ausência de normas legais que expressamente regulassem a matéria vinha dando lugar a interpretações contraditórias na jurisprudência (gerando insegurança jurídica e descrédito da Justiça) e, especialmente, muitas vezes violadoras das normas fundamentais de garantia processual, sendo de todo conveniente que novas luzes possam ser colocadas sobre o tema objetivando um aperfeiçoamento do sistema jurídico nos processos executivos à vista das citadas garantias constitucionais.

I - Das garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa

Por direito de defesa entendo o "poder jurídico que possibilita ao réu opor-se à ação movida pelo autor" (Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 28ª e., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 303).

O direito de defesa é, inquestionavelmente, uma das maiores conquistas da história do Estado de direito.

Na verdade, o próprio direito processual, produto intrínseco dos desenvolvimentos jurídico-filosóficos que levaram ao Estado de direito, está diretamente relacionado com as reflexões acerca da necessidade de se garantir às pessoas o direito de defesa.

Isto é, pode-se dizer que o direito de defesa é o pressuposto lógico do direito processual. Só faz sentido a própria ideia de processo quando se tem em vista a necessidade de se garantir a alguém o direito de se defender de uma acusação.

Assim, Cintra *et alii* (op. cit.) ensinam: "Entre a liberdade de ir ao juiz, por parte do autor, e a liberdade de defender-se, do réu, existe um paralelo tão íntimo, que o binômio ação-exceção constitui a própria estrutura do processo" (ibidem).

Não por outro motivo, Enio Fazzalari, espírito por trás da consagrada ideia do *módulo processual*, sustentava que o processo nada mais é que uma paridade simétrica de oportunidades de participação a cada etapa de um procedimento - ou seja, em termos mais simples: um procedimento animado pelo contraditório.

Muito ainda se debate acerca da definição de processo, mas fato é que, depois de Fazzalari, não mais se desgarrou da ideia de que o contraditório é elemento essencial do processo.

Outro não poderia ser o raciocínio.

É que o processo é o instrumento por excelência para se exercer o controle do arbítrio do soberano, e o do mais forte sobre o mais fraco.

Sem o contraditório, esse controle fica por demais enfraquecido --se é que se pode dizer que existe.

Não há notícia histórica de Estado democrático que tenha desdenhado, na lei ou na aplicação da lei, do direito de defesa.

Historicamente, vários princípios e garantias têm-se formulado como corolários do direito de defesa.

O *devido processo legal*, talvez o primeiro deles, debutou na História dos direitos fundamentais na Magna Carta de 1215.

Após ele, um caudal de princípios atrelados ao direito de defesa transcorreu pelos séculos, como o *contraditório*, a *ampla defesa*, a *paridade de armas*, entre outros.

Independentemente de maiores considerações histórico-doutrinárias acerca de tais ideias, o que importa é que o ordenamento jurídico em vigor no Brasil é carregado delas.

Vejamos a Constituição de 1988:

Art. 5º

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

De igual sorte, o Código de Processo Civil de 2015:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º [caput]. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Também os documentos internacionais dão conta de princípios atinentes ao direito de defesa. Vejamos, nesse sentido, o **Pacto de San José da Costa Rica**:

Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Enfim, tais argumentações são para evidenciar que o direito de defesa e todos os seus corolários são **princípios dos mais caros** no Estado de direito, *status* que a CF/88 busca conferir à República Federativa do Brasil.

É impossível --insisto, *impossível*-- falar em Estado de direito sem que seus agentes devotem o mais cardial comprometimento ao direito de defesa, a ser assegurado a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial.

II - Aplicação dos princípios constitucionais no processo administrativo fiscal

A nossa Constituição da República de 1988, no artigo 5º, incisos LIV e LV, proclama as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e tais garantias devem ter eficácia em dois âmbitos, ou seja, no processo administrativo e no processo judicial, com isso evidentemente conferindo segurança as relações jurídicas, especialmente assegurando os administrados em geral em suas relações com o Poder Público.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A Constituição também determina, no artigo 37, *caput*, que a administração pública direta e indireta, de quaisquer dos Poderes da República, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

E, seguindo este comando constitucional, a **Lei nº 9.784, de 1999**, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, inscreve tais garantias de segurança jurídica, contraditório e ampla defesa dentre os princípios que regem o processo administrativo, em todo processo em que tenha a condição de interessado. Cito, exemplificativamente, dispositivos dos artigos 1º, 2º e 3º que expressam tal conteúdo:

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

CAPÍTULO IDAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

(...)

*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.***

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

(...)

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

(...)

DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

De forma semelhante, o **Decreto nº 70.235, de 1972**, dispõe sobre o processo administrativo-fiscal. Essa norma legal regula o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União, prevendo regras para início da exigência com a plena ciência dos interessados e possibilidade de contraditório e defesa, com os recursos a ela inerentes, findo o qual deve ser encaminhado para cobrança amigável e, subsequentemente, sendo remetido à cobrança judicial (v. artigos 7 a 22 sobre as normas gerais do procedimento).

E, por fim, para a cobrança judicial, o sistema jurídico prevê à Fazenda Pública (de todos os entes federativos) a via da **execução fiscal**, cujo procedimento é regulado pela **Lei nº 6.830, de 1980 - LEF**, que abrange a **Dívida Ativa** de natureza tributária e também a não tributária (art. 2º), estabelecendo que, em ambos os casos, o que confere presunção de liquidez e certeza do crédito e legitima a cobrança executiva é o **Termo de Inscrição** de Dívida Ativa (art. 3º, *caput*), do qual deve constar necessariamente **o nome do devedor e dos co-responsáveis** (art. 2º, § 5º, inciso I), dentre outros requisitos ali descritos.

Por esta legislação, então, a **execução fiscal** somente pode ser iniciada se instruída com a respectiva **Certidão de Dívida Ativa - CDA**, título executivo que deve conter os mesmos requisitos do Termo de Inscrição respectivo, ou seja, deve necessariamente conter **o nome do devedor e dos co-responsáveis** (art. 6º, § 1º).

E, se estes **"devedores ou co-responsáveis"**, tributários ou não tributários, são, inegavelmente, **as pessoas juridicamente interessadas na relação jurídica em que se objetiva lhe imputar uma obrigação civil (fiscal ou não fiscal)**, parece-nos muito evidente e fora de dúvida que **as pessoas (naturais ou jurídicas) que podem figurar na CDA como "devedores ou responsáveis" são unicamente aquelas em relação às quais a Fazenda Pública observou as regras constitucionais e legais de determinação e exigência dos créditos**, ou seja, a Lei nº 9.784/1999 e o Decreto nº 70.235/1972, vale dizer, essencialmente, **as pessoas que tiveram assegurado o prévio processo administrativo no qual tenham sido efetivadas as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.**

O artigo 2º, § 8º, da LEF, por sua vez, tem gerado controvérsia interpretativa há décadas; dispõe tal dispositivo legal que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos", e daí tem-se sustentado que a Fazenda Pública teria a prerrogativa de, enquanto tramita a execução fiscal, a qualquer tempo e independentemente de qualquer providência prévia, requerer a inclusão de outros responsáveis da dívida tributária contra os quais a execução deveria ser direcionada, daí somente conferindo a estes novos sujeitos passivos da execução a possibilidade de, após citados, oferecer a defesa através de embargos do devedor.

Interpretação dessa ordem, a despeito de ter-se assentado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que se refere aos casos de responsabilidade tributária previstos no CTN (aí incluída especialmente a situação de dissolução irregular de empresas, dando ensejo a redirecionamento da execução contra os sócios que se qualifiquem como co-responsáveis) sempre me pareceu equivocada, violando flagrantemente as normas constitucionais e o próprio sistema legal que estabelece o processo administrativo de determinação e exigência fiscal.

Mas essa interpretação formou-se em contexto de ausência de uma previsão normativa expressa sobre a possibilidade de inclusão de novos executados, lacuna normativa esta que foi eliminada pelo advento do Novo CPC de 2015 ao instituir o novo IDPJ, cuja previsão normativa é ampla, abrangendo todos os tipos de processos judiciais, inclusive executivos.

Essa nova previsão do CPC 2015, suprimindo a lacuna legislativa mencionada, justifica a revisão da interpretação a respeito deste tema, no sentido de fazer prevalecer, agora por expressa determinação legal, o sistema legal representado pelas normas constitucionais e legais acima descrito.

III - Da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade tributária

Escapando das reflexões atinentes ao direito processual, voltemos, agora, nossos esforços, a outro conceito fulcral a ser examinado: a responsabilidade das pessoas naturais sociedades empresárias pelas obrigações das pessoas jurídicas de que estão por trás.

Sabe-se que, historicamente, o próprio nascimento das pessoas jurídicas está ligado à utilidade e conveniência de se permitir, em alguns casos, isolar obrigações e responsabilidades afetadas a determinados propósitos, sem que elas contaminem a esfera jurídica das pessoas naturais que os estão levando a cabo.

Nesse sentido, Thomas Marky leciona acerca das *sodalitates, collegia e societates*, as pessoas jurídicas de direito privado da Roma Antiga, que, desde aquela época, já tinham por "característica essencial (...) terem as personalidades distintas da de seus componentes, bem como terem patrimônio e relações de direito distintas das de seus membros: *Si quid universitatii debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent (D. 3.4.7.1)*", Curso Elementar de Direito Romano, 8ª e., Saraiva, 1995, p. 38. A máxima extraída do Digesto expressa justamente a ideia de limitação de responsabilidade: se é a pessoa jurídica quem deve, a pessoa natural não deve; de igual modo, se é a pessoa natural quem deve, a pessoa jurídica não deve (em paráfrase).

Por sua evidente conveniência às relações sociais e econômicas, o instituto da limitação da responsabilidade não apenas sobreviveu aos séculos, como se expandiu.

Hoje, no Brasil, tem-se não apenas as sociedades de responsabilidade limitada (como a sociedade limitada, a sociedade anônima, as sociedades com a figura dos comanditários, etc.), mas também outras figuras curiosas, como a famigerada EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada).

Malgrado tais odes à limitação da responsabilidade das pessoas jurídicas, desde muito cedo também se observou que as pessoas naturais e sociedades empresárias lançavam mão desse sensível atributo para fraudar obrigações.

Daí, a necessidade de se criar remédios para superar tais fraudes.

É nesse contexto que surge o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

No direito norte-americano, onde a experiência capitalista atingiu seu auge, o importante tema da desconsideração da personalidade jurídica é chamado de *piercing* ou *lifting the corporate veil* (perfurar/levantar o véu corporativo). Fala-se também em *disregard doctrine*. Trata-se, sem dúvidas, da mais frequente controvérsia judicial envolvendo sociedades empresárias naquele país (o que não difere muito da experiência brasileira). Não há regra explícita para a desconsideração. Cada tribunal tem sua jurisprudência e conduz o *lifting* de maneira principiológica.

Já na tradição jurídica brasileira, em apertada síntese, fala-se nas teorias **maior** e **menor** da desconsideração da personalidade jurídica. A segunda exige apenas a insolvência como critério para a desconsideração; já a primeira exige também alguma manifestação de má-fé, como abuso de direito ou confusão patrimonial.

Ambas são usadas no Brasil, a depender do ramo jurídico em que se contextualiza a desconsideração. Por exemplo, a teoria maior é usada no direito civil, enquanto que a teoria menor é usada no direito do consumidor.

Todavia, a responsabilização pelas obrigações das pessoas jurídicas é muito peculiar no contexto do direito tributário.

Dentro do sistema trazido pelo Código Tributário Nacional, criou-se a exótica figura da *responsabilidade tributária*, que, com lamento reconhecemos, quase nada tem a ver com a ideia de *responsabilidade* extraída das melhores lições da teoria geral do direito.

Em primeiro lugar, o Código define como **responsável [tributário]** o sujeito passivo "quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei" (art. 121, parágrafo único, II).

Mais à frente (arts. 128 e ss.), o confuso CTN traz três categorias de responsabilidade tributária: a dos sucessores (arts. 129-133), a de terceiros (arts. 134-135) e a por infrações (arts. 136-138).

Veja-se que, inexplicavelmente, a responsabilidade solidária fica fora da referida categoria (é tratada anteriormente, como se fosse uma classe à parte dentro do assunto da sujeição passiva, nos arts. 124 e 125). Mas deve-se anotar que as dúvidas interpretativas decorrentes desta falha foram sanadas pela Colenda Suprema Corte, quando assentou, declarando a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 8.620/93, que a lei mencionada no artigo 124, inciso II, somente pode estabelecer causas de responsabilidade solidária quando forem compatíveis com as regras matrizes de responsabilidade tributária previstas pelo próprio Código Tributário em seus artigos 128 e ss., especialmente aquelas de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 (STF, RE 562276, Repercussão Geral, Tese 13. Relatora Min. Ellen Gracie, j. 03.11.2010, p. 10.02.2011).

Além disso, o diploma põe na mesma prateleira da responsabilidade por sucessão e de terceiros o conceito de "responsabilidade", no sentido tradicional, "por infrações" (arts. 136 e ss.), aparentemente ignorando o conceito técnico que ele mesmo deu para o termo, anteriormente, no art. 121.

Considerando essas clássicas críticas doutrinárias, com todas as vênias, independentemente da sistemática que o Código Tributário Nacional quis instituir, fato é que a finalidade do instituto da responsabilidade tributária, quando se atribui à pessoa física o *haftung* de pagar as obrigações da pessoa jurídica de que está por trás, é **inexoravelmente a mesma** do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Ora, pouco importa o nome que a lei ou os doutrinadores dão a um instituto. O que importa são os seus efeitos jurídicos.

Teleologicamente, não há qualquer distinção entre a desconsideração da personalidade jurídica e as hipóteses de responsabilidade dos sócios e sociedades empresárias previstas no CTN. Muito embora os dispositivos (e, quiçá, talvez até um ou outro requisito) sejam diferentes, a ideia essencial e a finalidade são absolutamente as mesmas.

Tal como não se pode dizer que há distinção de natureza entre a desconsideração do direito consumerista (que segue a teoria menor) e a do direito civil (que segue a teoria maior) apenas pela diferença no número de requisitos ou grau, também não me parece correto fazer distinção entre a natureza desses institutos e o da responsabilidade tributária nos casos supra citados.

Assim, atraindo-se, aqui, a aplicação do corolário segundo o qual o semelhante deve ser tratado como o semelhante: a responsabilidade tributária, quando tem a mesma essência e finalidade da desconsideração da personalidade jurídica, como essa deve ser considerada e os mesmos princípios a ambas se aplicam -- *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo* (onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalecer a mesma regra de direito).

IV - Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Em se configurando, a desconsideração da personalidade jurídica, instituto deveras excepcional e invasivo, a lei tratou de instituir um mecanismo específico a fim de garantir com maior intensidade o direito de defesa na materialização do *disregard*.

Eis aí, portanto, o ponto de confluência dos dois tópicos anteriores: o **incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ)**.

O IDPJ é instituto novíssimo, vindo ao ordenamento pelo Código de Processo Civil baixado em 2015. Sem dificuldade aqui pode-se transcrever todos os dispositivos que dele tratam

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A título introdutório, veja-se o esboço comentário tecida por Cassio Scarpinella Bueno a respeito do incidente:

"O Anteprojeto inovou pertinentemente ao criar uma novel técnica para permitir incidentalmente ao processo desconsiderar a personalidade jurídica e, com isso, conseguir responsabilizar pessoalmente os sócios nos casos que a lei material o permite. Os Projetos do Senado e da Câmara mantiveram-no buscando seu aperfeiçoamento, sendo que o Projeto da Câmara, corretamente, propôs que a novidade fosse colocada ao lado das demais modalidades de intervenção de terceiro, o que acabou sendo acolhido pelo texto afinal aprovado" (Novo Código de Processo Civil Anotado, 1ª e., Saraiva, 2015, p. 132).

De igual forma, Daniel Neves louva o instituto:

"O Novo Código de Processo Civil prevê um incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica, finalmente regulamentando seu procedimento. Tendo seus requisitos previstos em diversas normas legais (art. 50, CC; art. 28, CDC; art. 2o, § 2o da CLT, art. 135 do CTN, art. 4o da Lei 9.605/98; art. 18, § 3º da Lei 9.847/99; art. 34 da Lei 12.529/2011, arts. 117, 158, 245 e 246 da Lei 6.404/76), faltava uma previsão processual a respeito do fenômeno jurídico, devendo ser saudada tal iniciativa" (Novo Código de Processo Civil Comentado, 1ª e., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 216).

É importante destacar o caráter *contingente* do IDPJ. Isto é, não se trata de instituto "essencial", no sentido mais próprio do termo, ao ordenamento.

Por muitos anos o ordenamento sobreviveu sem o incidente, e poderia sobreviver mais tantos sem ele, embora suscitando multiplicidade de debates e dúvidas interpretativas em desprestígio à segurança jurídica.

Ocorre que, sensível à realidade, o legislador trouxe à luz o instituto inspirado por cirúrgica constatação: **muitos abusos ao direito de defesa são cometidos na práxis da desconsideração da personalidade jurídica.**

Não é difícil perceber esse fato e louvar o legislador pela iniciativa.

Vemos, na prática, que a lacônica disciplina da desconsideração (regida de forma bastante econômica pelo único art. 50 do CC, no âmbito civil) dá azo a arbitrariedades e atropelos, ensejando a responsabilização da pessoa natural por motivos fracos e muitas vezes sem que essa antes possa se fazer ouvida.

A experiência revela que não é baixo o número de decisões de desconsideração de personalidade jurídica revertidas nos tribunais.

Assim, é possível constatar que o IDPJ foi criado para **melhor cumprir** as normas constitucionais que tratam do direito de defesa, no contexto específico da desconsideração da personalidade jurídica.

Sob o ponto de vista constitucional, é possível dizer que o IDPJ é obra legislativa que traz *profundidade* aos comandos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

É criação que, para trazer à baila as categorias de K. Löwenstein, torna mais *normativas* normas constitucionais que, no contexto específico da desconsideração da personalidade jurídica, vagavam tão *nominais*.

Valde lembrar que o Código de Processo Civil é norma geral e, portanto, suas disposições --aí incluídas aquelas referentes ao IDPJ-- devem se aplicar a **todos** os procedimentos civis.

É por isso que, sem qualquer dúvida, o IDPJ deve ser aplicado nas ações consumeristas e, até por (desnecessária) previsão explícita do art. 1.062, também aos processos de competência dos juizados especiais.

Até mesmo no processo trabalhista é reconhecida a necessidade de aplicação do IDPJ, nos termos expressos do art. 855-A, CLT.

Veja-se, portanto, que, sempre que é possível a repercussão das obrigações da pessoa jurídica na esfera patrimonial da pessoa natural, **todos** os regimes processuais reclamam a aplicação do IDPJ.

Insista-se: outra não poderia ser a solução a fim de se dar coerência ao sistema, já que se trata de instituto que busca densificar um comando **constitucional** (a saber, o que exige, em **todos** os processos administrativos e judiciais, o respeito ao contraditório e à ampla defesa), e não um comando restrito a um ou outro ramo do direito qualquer.

V - Da compatibilidade e da necessidade de aplicação do IDPJ nas execuções fiscais

A fim de finalizar minha fundamentação de maneira dedutiva, estabelecerei quatro premissas, todas elas já desenvolvidas, ainda que sinteticamente, nas explanações feitas supra, para delas extrair a inexorável conclusão e dispositivo de meu entendimento a respeito dessa relevante temática:

A - O direito de defesa (com todos os seus princípios e garantias) é comando constitucional que, do ponto de vista axiológico, possui caríssima relevância, e, do ponto de vista normativo, possui alta densidade, de maneira que todos os institutos do ordenamento devem ser interpretados da maneira que maior eficácia se lhe dê;

B - As regras de responsabilidade tributária do CTN que atribuem à pessoa física ou natural e à sociedade empresária a sujeição passiva nas obrigações tributárias originalmente devidas pela pessoa jurídica a que está atrelada são, na sua essência e nos seus fins, igualmente normas de desconsideração da personalidade jurídica;

C - O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é instituto criado pelo legislador com a finalidade de densificar o comando constitucional do direito de defesa;

D - Essa densificação trazida pelo IDPJ não está restrita, nem do ponto de vista substantivo --haja vista que nas relações jurídicas de todas as classes o direito de defesa deve ser promovido--, nem do ponto de vista orgânico --haja vista que o CPC é norma geral que se aplica a todos os procedimentos cíveis-- a um ou outro ramo do direito ou a um ou outro rito processual, tendo, ao invés, caráter constitucional e, portanto, o condão de espargir sobre todas as estirpes que se possam capitalizar, cientificamente, do direito.

Da conjugação dessas quatro premissas é inevitável a conclusão de que o IDPJ deve ser aplicado também na execução fiscal, qualquer que seja o fundamento da atribuição da responsabilidade à pessoa física ou à sociedade empresária pela obrigação tributária originalmente devida pela pessoa jurídica.

Deve-se observar, ainda, a completa compatibilidade entre o novo IDPJ e o sistema do Código Tributário Nacional, pelas seguintes razões:

(i) o CTN não prevê regras específicas sobre o procedimento para se reconhecer hipóteses de responsabilidade tributária após a instauração da ação de execução fiscal; A Lei de Execução Fiscal - a antiga Lei nº 6.830, de 1980 -- também não o faz;

(ii) exsurge, então, desta ausência de expressa regulação pelo CTN ou pela legislação tributária específica, a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições do CPC que não forem incompatíveis com as disposições da legislação tributária em sua essência normativa. Assim estabelece o CTN em seu artigo 108: "*Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade*"; e assim também prevê a Lei 6830/1980 em seu artigo 1º: "*A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil*";

O novel instituto do IDPJ introduzido pelo CPC/2015 é formatado mediante regras que se compatibilizam plenamente com a legislação tributária no que tange à responsabilização tributária, porque:

1º) ao estabelecer, no artigo 134, § 2º, que "*dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial...*", o CPC dispõe que o IDPJ só é exigido quando a responsabilização é pleiteada após o ajuizamento da ação, o que é plenamente compatível com as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, que devem efetivar-se em dois planos, tanto no âmbito administrativo, como no judicial (CF/88, art. 5º, incisos LIV e LV), garantias que se enquadram no rol de limitações do poder de tributar (CF/88, art. 150, *caput*), estabelecendo o novo IDPJ uma explícita regulação a estas garantias constitucionais, conferindo-lhe maior densidade normativa e/ou efetividade;

2º) essa norma do IDPJ compatibiliza-se igualmente com as regras gerais tributárias, pois estas estruturam esse sistema especial no sentido de que o *sujeito passivo* da relação jurídica tributária (vale dizer, o *contribuinte* ou o *responsável*) deve ser identificado no processo administrativo-fiscal que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa garantida na Lei Maior e, assim, poderão tais *sujeitos passivos* figurar na CDA-Certidão de Dívida Ativa, título extrajudicial que, por força da lei, legitima a propositura da ação de execução fiscal já desde o seu início, quando tais pessoas receberão a citação e poderão exercer a defesa processualmente admissível (através de *exceção de pré-executividade* --nos casos que não exigem dilação probatória, hipótese em que não se exige sequer prestação de garantia da execução, como está assentado na jurisprudência pátria--, ou de *embargos à execução fiscal* --atendidos, aqui sim, os requisitos legais desta defesa, especialmente a garantia do juízo); daí justificar-se e compatibilizar-se com o sistema legal tributário que, segundo essa regra do CPC, art. 134, § 2º, **IDPJ somente será admissível se a responsabilização for pleiteada pelo ente público exequente em momento posterior ao ajuizamento da execução fiscal**;

3º) caso contrário, ou seja, se a sujeição passiva tributária não está definida na CDA (porque, obviamente, não foi objeto de prévio processo administrativo de determinação), não pode ser ajuizada a execução fiscal --não há interesse processual por ausência de título executivo válido e regular--, situação que ainda possibilitará à Fazenda exequente o chamamento posterior de outros responsáveis tributários através do incidente de que aqui se trata -IDPJ--, o qual foi instituído com o fim de assegurar ao(s) requerido(s) o legítimo exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa que não lhe(s) foram asseguradas na antecedente fase administrativa de apuração das responsabilidades tributárias e formação do título executivo -a CDA--; nesse aspecto, o IDPJ vem, então, tão somente suprir essa lacuna de regulação do procedimento de responsabilização tributária, totalmente compatibilizado com o sistema tributário, tanto no âmbito constitucional, como no infraconstitucional;

4º) tratando, o objeto do IDPJ, de uma condição da própria execução fiscal - a legitimidade passiva *ad causam* -, **o exame dessa questão no IDPJ dispensa a prestação de garantia da execução**, como nos casos em que a jurisprudência já admite para a exceção de pré-executividade, **com o especial avanço normativo de assegurar as garantias constitucionais** (devido processo, contraditório e ampla defesa) **àqueles que não tiveram oportunidade de se defender no âmbito administrativo para que, somente então, uma vez definida a legitimidade passiva, possa ser sujeito aos efeitos a execução fiscal** (quando terá oportunidade de apresentar as demais defesas, na forma já contemplada pela legislação e jurisprudência pátrias);

5º) tratando-se de um novo instituto processual, estabelecido em norma geral de natureza pública -o CPC 2015--, que vem reforçar a amplitude de garantias de defesa dos réus --no caso, as pessoas em geral no que se refere à sua responsabilização tributária em execuções fiscais--, **deve-se interpretar seu âmbito de incidência da forma mais ampla possível, privilegiando as garantias constitucionais dos contribuintes, tudo isso exigindo uma revisão dos entendimentos anteriores da nossa jurisprudência, mesmo que assentados em preceitos sumulares dos tribunais, de modo a atingir o fim maior de tornar efetivas as normas constitucionais afetas às garantias fundamentais do cidadão: o ordenamento jurídico deve ser interpretado sempre à luz das modernas concepções do direito e sempre com vistas ao aperfeiçoamento do sistema jurídico de garantias dos cidadãos contra os arbítrios de qualquer natureza**, o que conduz o intérprete a concluir que o novo IDPJ instituído pelo novo CPC 2015 atende plenamente tais fins fundamentais da ordem constitucional;

6º) nesse sentido, deve-se deixar assentado que a regra de que a instauração do IDPJ (requerido após o ajuizamento da ação) importa na suspensão do processo em que pleiteada a responsabilização --CPC, art. 134, § 3º--, **não significa, nem expressa e nem implicitamente, que não possam ser praticados os atos executivos contra o(s) executado(s) originário(s), mas sim, o comando se relaciona apenas a estes em relação aos quais é pleiteada a responsabilização tributária**; e essa suspensão, aliás, vem também em benefício do ente público exequente, pois a suspensão do processo importará em suspensão também da prescrição da pretensão de cobrança em relação a tais terceiros que se pretende responsabilizar enquanto durar o processamento do incidente;

7º) no mesmo sentido, deve-se também deixar assentado que esta mesma regra --CPC, art. 134, § 3º--, não determina, nem expressa e nem implicitamente, que a Fazenda exequente esteja impedida de utilizar-se, relativamente a estes em relação aos quais é pleiteada a responsabilização tributária, dos instrumentos jurídicos contemplados na legislação para buscar garantir cautelarmente a satisfação de seus créditos (por exemplo, arrolamento de bens e medidas cautelares fiscais), atendidos os requisitos legais específicos, posto que a ordem constitucional garante a todos --portanto, também ao ente público quando litiga contra os particulares--, o amplo acesso à justiça para resguardar-se em seus interesses e direitos (CF/88, art. 5º, inciso XXXV - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*);

8º) E, por fim, a possibilidade de os interesses da Fazenda sofrerem qualquer prejuízo é eliminada em caso de aplicação do novo instituto do IDPJ previsto no CPC 2015, porque a regulação do incidente estabelece expressamente, em seu artigo 137, que: "*acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente*".

VI – CONCLUSÃO

É compatível e necessária a instauração do IDPJ na execução fiscal em todas as hipóteses de desconsideração de personalidade jurídica, sejam as previstas no CTN a título de responsabilidade tributária com base nos artigos 128 a 138, sejam as hipóteses enquadradas no artigo 50 do Código Civil.

Ante o exposto, voto por **DAR** provimento ao agravo de instrumento. **PREJUDICADOS** os embargos de declaração.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SUCESSÃO EMPRESARIAL: DESCABIMENTO. INDÍCIOS DE FRAUDE E CONFUSÃO PATRIMONIAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

1. Na sessão de julgamento realizada em 8 de fevereiro de 2017, o Órgão Especial desta Corte admitiu a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva, na hipótese de redirecionamento para os sócios. A suspensão determinada pelo Relator não atingiu os casos de grupo econômico de fato.
2. Há indícios de fraude e confusão patrimonial que justificam a inclusão da agravante no polo passivo.
3. A agravante foi incluída no polo passivo da execução fiscal na qualidade de sucessora tributária, nos termos do artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional.
4. Tratando-se de responsabilidade solidária, não se exige novo lançamento. Ademais, tratando-se de inclusão posterior, não é exigível que o nome da co-executada conste da CDA.
5. Agravo de instrumento improvido. Embargos de declaração prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto da Desembargadora Federal Diva Malerbi, vencido o Desembargador Federal Souza Ribeiro, que lhe dava provimento e, por unanimidade, julgou prejudicados os embargos de declaração. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026181-30.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: JOSE LUIZ OLIVERIO

Advogado do(a) AGRAVANTE: VITOR FILLET MONTEBELLO - SP269058-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026181-30.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: JOSE LUIZ OLIVERIO

Advogado do(a) AGRAVANTE: VITOR FILLET MONTEBELLO - SP269058-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **agravo interno** interposto por JOSÉ LUIZ OLIVÉRIO em face de decisão monocrática (ID 142700761) que negou provimento ao agravo de instrumento.

Naquele recurso a agravante contrastava decisão que rejeitou exceção de pré-executividade oposta em sede de execução fiscal de dívida ativa tributária.

No caso, a execução foi ajuizada em face de CODISMON METALÚRGICA LTDA e posteriormente redirecionada em face do sócio administrador da executada ante a **presumida dissolução irregular da empresa** nestes termos: *“Na certidão do sr. Oficial de Justiça, detectou-se que as atividades da empresa executada estão limitadas a escritório e sala garnecidos de equipamentos insuscetíveis de alienação forçada eficaz, havendo informação expressa no local de sua sede de que não a empresa não possuía qualquer outro bem. Destaco que, conforme ficha cadastral completa da JUCESP, em anexo, o objeto social da pessoa jurídica em questão é a produção de maquinário pesado, tendo capital social declarado no montante de R\$ 23.501.908,00. Logo, o quadro indiciário apresentado é de uma empresa que, de fato, deixou de existir; sem, contudo, providenciar a dissolução regular da pessoa jurídica, seja de forma extra-judicial ou judicial. Igualmente, é de se estranhar que a pessoa jurídica não tenha qualquer patrimônio, apesar do capital social declarado.”* (ID 21379301, pág. 144, dos autos originais).

Citado, o sócio opôs exceção de pré-executividade na qual alegou ilegitimidade passiva por ausência da comprovação, pela exequente, das hipóteses estabelecidas no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, destacando, ainda, que a empresa foi localizada no seu endereço e, apesar das dificuldades financeiras, continua em atividade, não havendo que se falar em dissolução irregular.

O MM Juízo rejeitou a exceção de pré-executividade sob a seguinte fundamentação:

“.....

No caso concreto, não restam dúvidas de que, o contexto fático-probatório é capaz de comprovar a “dissolução irregular” da empresa executada com fundamento na teoria da “fraude à lei”.

Explico.

A certidão do Sr. Oficial de Justiça de fls. 122, informa que no local da empresa, detectou a atividade de diversas empresas como DDP Participações, Dedini Indústrias de Base e Dedini Sistemas. Informa ainda que os bens referentes a executada se restringem a uma sala com móveis antigos e computadores obsoletos, insuscetíveis de apreciação econômica.

Acontece que, o objeto social da empresa, conforme Ficha Cadastral Completa da executada na JUCESP, corresponde à produção de maquinário pesado, tendo como capital social declarado o montante de R\$ 23.501.908,00.

Ora, resta incompatível as instalações da empresa com a finalidade/objeto social a que a empresa se presta a servir, de modo que, clara a sua inatividade o que autoriza o redirecionamento da presente demanda.

O fato da empresa manter um escritório no endereço composto por sala e objetos obsoletos demonstram a intenção em afastar a configuração da “dissolução irregular” da empresa, resultando na fraude à lei.

A teoria da fraude à lei consiste em uma violação indireta da lei. Esta violação não se dá quanto ao seu sentido literal, mas quanto à sua finalidade, seu espírito. Aquele que age em fraude à lei externa atitudes e condutas que aparentam o cumprimento das palavras da lei, mas na verdade as infringe, ao ir de encontro ao sentido que as ditou, frustrando a sua finalidade.

A fraude à lei imperativa está positivada no Código Civil no plano da nulidade do negócio jurídico, art. 166, VI, a seguir transcrito:

“Art. 166 do Código Civil: “É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

VI – tiver por objeto fraudar lei imperativa.”

Ensina ARNALDO SUSSEKIND, em sua obra: Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho:

"A fraude à lei não se confunde, portanto, com a violação da lei. No primeiro caso a lei é cumprida sob o prisma objetivo e vulnerada sob o aspecto subjetivo; no segundo, ao contrário, ocorre a infração objetiva do próprio texto legal. É o que salienta, com precisão, ALÍPIO SILVEIRA, quando escreve: "agem em fraude à lei aqueles que, embora não vulnerando a letra, se desvia conscientemente do espírito, intenção ou finalidade da lei"; já a violação da lei ocorre "quando vulnera objetivamente o texto legal, não importando a intenção do infrator". E acrescenta: "no caso de fraude à lei, o elemento subjetivo da intenção passa ao primeiro plano, sendo que a ausência de vulneração da letra da lei não obsta a violação do espírito ou finalidade de norma" (Ob. Cit., págs. 129 e 130).

Ora na fraude à lei há a utilização de meios tortuosos para encobrir objetivos ilícitos, assim como se verifica no presente caso, pois apesar do fato da empresa estar instalada numa sala com objetos obsoletos, resta certa a sua "dissolução irregular".

III – Dispositivo

Ante o exposto, julgo o processo com exame de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, rejeitando os pedidos formulados pelo excipiente JOSÉ LUIZ OLIVÉRIO, para mantê-lo no polo passivo da execução fiscal.

.....”

O agravo de instrumento foi improvido por decisão unipessoal na consideração de que a matéria deduzida pelo devedor em sede de exceção de pré-executividade deveria estar no cenário de embargos a execução, porquanto exige cognição plena.

Nas **razões do agravo interno** (ID 144672571) o recorrente sustenta inicialmente o cabimento da discussão a respeito da ilegitimidade passiva em sede de exceção de pré-executividade.

Aduz, em síntese, que "tendo em vista que o nome do Agravante não consta nas CDA's que aparelham a execução fiscal, é da Agravada o ônus de provar qualquer prática que possa ser enquadrada nas hipóteses previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional para que este possa ter contra si redirecionada a aludida ação e ser corresponsabilizado pelos créditos tributários executados, prova esta, claramente inexistente no presente caso, de sorte a tornar patente a ilegitimidade passiva do Agravante para figurar como responsável tributário no âmbito da presente execução fiscal".

Recurso respondido (ID 146840336).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026181-30.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: JOSE LUIZ OLIVERIO

Advogado do(a) AGRAVANTE: VITOR FILLET MONTEBELLO - SP269058-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Pretende a agravante a reforma da decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento.

O julgamento unipessoal foi ventilado da seguinte forma:

“.....

Na singularidade, a matéria deduzida pelo devedor em sede de exceção de pré-executividade deveria estar no cenário de embargos a execução, diante do caráter restritíssimo em que é possível agitar essa exceção, que não tem base na lei mas apenas na jurisprudência, motivo pelo qual não é admissível com largueza.

Há muito tempo o STJ já definiu, em sede de recurso repetitivo, que "A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória" (REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009), já que "a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras" (REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009 - repetitivo).

Nesse exato sentido: AgRg no AREsp 653.010/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 22/11/2019.

Nesse tom emerge a **Súmula 393/STJ**.

Esta Sexta Turma alinha-se com esse entendimento (AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5029949-32.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 02/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019 - AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 577953 - 0004689-09.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 08/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2019 - AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5000767-35.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 27/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/07/2019), uma vez que a exceção de pré-executividade não se presta como *bellator campus* onde as partes possam ou devam dedicar-se a tarefa probatória (AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5018943-91.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 02/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019)

Tal fundamento, insuperável, é suficiente para a pronta rejeição do pleito recursal.

Nesse tom, a Sexta Turma admite decisão monocrática do Relator em atenção ao princípio da celeridade e da razoável duração do processo.

.....”

Deveras, o exame da matéria ora debatida exige ação de conhecimento de cognição plena, ou seja, os embargos à execução.

Em suas razões de agravo interno a excipiente continua litigando contra a jurisprudência consolidada a respeito da exceção de pré-executividade e a realidade fática que emerge sem reboços dos autos. Não conseguiu infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO AO AGRADO INTERNO, mantendo a decisão unipessoal.

É o voto.

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Peço vênia para divergir do e. Relator

Discutindo-se o redirecionamento da execução fiscal discal para o sócio e/ou sociedade empresária, examinei com mais profundidade as questões jurídicas relacionadas ao IDPJ nas relações jurídico-tributárias para concluir pela compatibilidade e necessidade da instauração do incidente em todas as hipóteses de desconsideração de personalidade jurídica, sejam as previstas no CTN a título de responsabilidade tributária com base nos artigos 128 a 138, sejam as hipóteses enquadradas no artigo 50 do Código Civil, conforme meu voto no INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 0017610-97.2016.4.03.0000/SP, pendente de julgamento final no Órgão Especial.

O novo estatuto processual civil foi instituído exatamente para suprir uma lacuna da legislação a respeito da forma de inclusão de novos executados nas execuções em geral, aí incluídas as execuções fiscais (em quaisquer hipóteses de responsabilização, sejam as previstas no Código Tributário Nacional, sejam decorrentes de desconsideração de personalidade jurídica objeto de regulação no artigo 50 do Código Civil).

Observo que esta ausência de normas legais que expressamente regulassem a matéria vinha dando lugar a interpretações contraditórias na jurisprudência (gerando insegurança jurídica e descrédito da Justiça) e, especialmente, muitas vezes violadoras das normas fundamentais de garantia processual, sendo de todo conveniente que novas luzes possam ser colocados sobre o tema objetivando um aperfeiçoamento do sistema jurídico nos processos executivos à vista das citadas garantias constitucionais.

I - Das garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa

Por direito de defesa entendo o "poder jurídico que possibilita ao réu opor-se à ação movida pelo autor" (Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 28ª e., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 303).

O direito de defesa é, inquestionavelmente, uma das maiores conquistas da história do Estado de direito.

Na verdade, o próprio direito processual, produto intrínseco dos desenvolvimentos jurídico-filosóficos que levaram ao Estado de direito, está diretamente relacionado com as reflexões acerca da necessidade de se garantir às pessoas o direito de defesa.

Isto é, pode-se dizer que o direito de defesa é o pressuposto lógico do direito processual. Só faz sentido a própria ideia de processo quando se tem em vista a necessidade de se garantir a alguém o direito de se defender de uma acusação.

Assim, Cintra *et alii* (op. cit.) ensinam: "Entre a liberdade de ir ao juiz, por parte do autor, e a liberdade de defender-se, do réu, existe um paralelo tão íntimo, que o binômio ação-exceção constitui a própria estrutura do processo" (ibidem).

Não por outro motivo, Enio Fazzalari, espírito por trás da consagrada ideia do *módulo processual*, sustentava que o processo nada mais é que uma paridade simétrica de oportunidades de participação a cada etapa de um procedimento - ou seja, em termos mais simples: um procedimento animado pelo contraditório.

Muito ainda se debate acerca da definição de processo, mas fato é que, depois de Fazzalari, não mais se desgarrou da ideia de que o contraditório é elemento essencial do processo.

Outro não poderia ser o raciocínio.

É que o processo é o instrumento por excelência para se exercer o controle do arbítrio do soberano, e o do mais forte sobre o mais fraco.

Sem o contraditório, esse controle fica por demais enfraquecido -- se é que se pode dizer que existe.

Não há notícia histórica de Estado democrático que tenha desdenhado, na lei ou na aplicação da lei, do direito de defesa.

Historicamente, vários princípios e garantias têm-se formulado como corolários do direito de defesa.

O *devido processo legal*, talvez o primeiro deles, debutou na História dos direitos fundamentais na Magna Carta de 1215.

Após ele, um caudal de princípios atrelados ao direito de defesa transcorreu pelos séculos, como o *contraditório*, a *ampla defesa*, a *paridade de armas*, entre outros.

Independentemente de maiores considerações histórico-doutrinárias acerca de tais ideias, o que importa é que o ordenamento jurídico em vigor no Brasil é carregado delas.

Vejamos a Constituição de 1988:

Art. 5º

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

De igual sorte, o Código de Processo Civil de 2015:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º [caput]. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Também os documentos internacionais dão conta de princípios atinentes ao direito de defesa. Vejamos, nesse sentido, o **Pacto de San José da Costa Rica**:

Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Enfim, tais argumentações são para evidenciar que o direito de defesa e todos os seus corolários são **princípios dos mais caros** no Estado de direito, *status* que a CF/88 busca conferir à República Federativa do Brasil.

É impossível --insisto, *impossível*-- falar em Estado de direito sem que seus agentes devam o mais cardinal comprometimento ao direito de defesa, a ser assegurado a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial.

II - Aplicação dos princípios constitucionais no processo administrativo fiscal

A nossa Constituição da República de 1988, no artigo 5º, incisos LIV e LV, proclama as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e tais garantias devem ter eficácia em dois âmbitos, ou seja, no processo administrativo e no processo judicial, com isso evidentemente conferindo segurança as relações jurídicas, especialmente assegurando os administrados em geral em suas relações como Poder Público.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A Constituição também determina, no artigo 37, *caput*, que a administração pública direta e indireta, de quaisquer dos Poderes da República, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

E, seguindo este comando constitucional, a **Lei nº 9.784, de 1999**, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, inscreve tais garantias de segurança jurídica, contraditório e ampla defesa dentre os princípios que regem o processo administrativo, em todo processo em que tenha a condição de interessado. Cito, exemplificativamente, dispositivos dos artigos 1º, 2º e 3º que expressam tal conteúdo:

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

(...)

*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.***

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

(...)

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

(...)

DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

De forma semelhante, o **Decreto nº 70.235, de 1972**, dispõe sobre o processo administrativo-fiscal. Essa norma legal regula o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União, prevendo regras para início da exigência com a plena ciência dos interessados e possibilidade de contraditório e defesa, com os recursos a ela inerentes, findo o qual deve ser encaminhado para cobrança amigável e, subsequentemente, sendo remetido à cobrança judicial (v. artigos 7 a 22 sobre as normas gerais do procedimento).

E, por fim, para a cobrança judicial, o sistema jurídico prevê à Fazenda Pública (de todos os entes federativos) a via da **execução fiscal**, cujo procedimento é regulado pela **Lei nº 6.830, de 1980 - LEF**, que abrange a **Dívida Ativa** de natureza tributária e também a não tributária (art. 2º), estabelecendo que, em ambos os casos, o que confere presunção de liquidez e certeza do crédito e legitima a cobrança executiva é o **Termo de Inscrição** de Dívida Ativa (art. 3º, *caput*), do qual deve constar necessariamente **o nome do devedor e dos co-responsáveis** (art. 2º, § 5º, inciso I), dentre outros requisitos ali descritos.

Por esta legislação, então, a **execução fiscal** somente pode ser iniciada se instruída com a respectiva **Certidão de Dívida Ativa - CDA**, título executivo que deve conter os mesmos requisitos do Termo de Inscrição respectivo, ou seja, deve necessariamente conter **o nome do devedor e dos co-responsáveis** (art. 6º, § 1º).

E, se estes **"devedores ou co-responsáveis"**, tributários ou não tributários, são, inegavelmente, as pessoas juridicamente interessadas na relação jurídica em que se objetiva lhe imputar uma obrigação civil (fiscal ou não fiscal), parece-nos muito evidente e fora de dúvida que as pessoas (naturais ou jurídicas) que podem figurar na CDA como "devedores ou responsáveis" são unicamente aquelas em relação às quais a Fazenda Pública observou as regras constitucionais e legais de determinação e exigência dos créditos, ou seja, a Lei nº 9.784/1999 e o Decreto nº 70.235/1972, vale dizer, essencialmente, **as pessoas que tiveram assegurado o prévio processo administrativo no qual tenham sido efetivadas as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.**

O artigo 2º, § 8º, da LEF, por sua vez, tem gerado controvérsia interpretativa há décadas; dispõe tal dispositivo legal que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos", e daí tem-se sustentado que a Fazenda Pública teria a prerrogativa de, enquanto tramita a execução fiscal, a qualquer tempo e independentemente de qualquer providência prévia, requerer a inclusão de outros responsáveis da dívida tributária contra os quais a execução deveria ser direcionada, daí somente conferindo a estes novos sujeitos passivos da execução a possibilidade de, após citados, oferecer a defesa através de embargos do devedor.

Interpretação dessa ordem, a despeito de ter-se assentado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que se refere aos casos de responsabilidade tributária previstos no CTN (aí incluída especialmente a situação de dissolução irregular de empresas, dando ensejo a redirecionamento da execução contra os sócios que se qualifiquem como co-responsáveis) sempre me pareceu equivocada, violando flagrantemente as normas constitucionais e o próprio sistema legal que estabelece o processo administrativo de determinação e exigência fiscal.

Mas essa interpretação formou-se em contexto de ausência de uma previsão normativa expressa sobre a possibilidade de inclusão de novos executados, lacuna normativa esta que foi eliminada pelo advento do Novo CPC de 2015 ao instituir o novo IDPJ, cuja previsão normativa é ampla, abrangendo todos os tipos de processos judiciais, inclusive executivos.

Essa nova previsão do CPC 2015, suprimindo a lacuna legislativa mencionada, justifica a revisão da interpretação a respeito deste tema, no sentido de fazer prevalecer, agora por expressa determinação legal, o sistema legal representado pelas normas constitucionais e legais acima descrito.

III - Da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade tributária

Escapando das reflexões atinentes ao direito processual, voltemos, agora, nossos esforços, a outro conceito fulcral a ser examinado: a responsabilidade das pessoas naturais sociedades empresárias pelas obrigações das pessoas jurídicas de que estão por trás.

Sabe-se que, historicamente, o próprio nascimento das pessoas jurídicas está ligado à utilidade e conveniência de se permitir, em alguns casos, isolar obrigações e responsabilidades afetadas a determinados propósitos, sem que elas contaminem a esfera jurídica das pessoas naturais que os estão levando a cabo.

Nesse sentido, Thomas Marky leciona acerca das *sodalitates*, *collegia* e *societates*, as pessoas jurídicas de direito privado da Roma Antiga, que, desde aquela época, já tinham por "característica essencial (...) terem elas personalidades distintas da de seus componentes, bem como terem patrimônio e relações de direito distintas das de seus membros: *Si quid universitatii debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* (D. 3.4.7.1)", Curso Elementar de Direito Romano, 8ª e., Saraiva, 1995, p. 38. A máxima extraída do Digesto expressa justamente a ideia de limitação de responsabilidade: se é a pessoa jurídica quem deve, a pessoa natural não deve; de igual modo, se é a pessoa natural quem deve, a pessoa jurídica não deve (emparáfrase).

Por sua evidente conveniência às relações sociais e econômicas, o instituto da limitação da responsabilidade não apenas sobreviveu aos séculos, como se expandiu.

Hoje, no Brasil, tem-se não apenas as sociedades de responsabilidade limitada (como a sociedade limitada, a sociedade anônima, as sociedades com a figura dos comanditários, etc.), mas também outras figuras curiosas, como a famigerada EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada).

Malgrado tais odes à limitação da responsabilidade das pessoas jurídicas, desde muito cedo também se observou que as pessoas naturais e sociedades empresárias lançavam mão desse sensível atributo para fraudar obrigações.

Dai, a necessidade de se criar remédios para superar tais fraudes.

É nesse contexto que surge o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

No direito norte-americano, onde a experiência capitalista atingiu seu auge, o importante tema da desconsideração da personalidade jurídica é chamado de *piercing* ou *lifting the corporate veil* (perfurar/levantar o véu corporativo). Fala-se também em *disregard doctrine*. Trata-se, sem dúvidas, da mais frequente controvérsia judicial envolvendo sociedades empresárias naquele país (o que não difere muito da experiência brasileira). Não há regra explícita para a desconsideração. Cada tribunal tem sua jurisprudência e conduz o *lifting* de maneira principiológica.

Já na tradição jurídica brasileira, em apertada síntese, fala-se nas teorias **maior** e **menor** da desconsideração da personalidade jurídica. A segunda exige apenas a insolvência como critério para a desconsideração; já a primeira exige também alguma manifestação de má-fé, como abuso de direito ou confusão patrimonial.

Ambas são usadas no Brasil, a depender do ramo jurídico em que se contextualiza a desconsideração. Por exemplo, a teoria maior é usada no direito civil, enquanto que a teoria menor é usada no direito do consumidor.

Todavia, a responsabilização pelas obrigações das pessoas jurídicas é muito peculiar no contexto do direito tributário.

Dentro do sistema trazido pelo Código Tributário Nacional, criou-se a exótica figura da *responsabilidade tributária*, que, com lamento reconhecemos, quase nada tem a ver com a ideia de *responsabilidade* extraída das melhores lições da teoria geral do direito.

Em primeiro lugar, o Código define como **responsável [tributário]** o sujeito passivo "quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei" (art. 121, parágrafo único, II).

Mais à frente (arts. 128 e ss.), o confuso CTN traz três categorias de responsabilidade tributária: a dos sucessores (arts. 129-133), a de terceiros (arts. 134-135) e a por infrações (arts. 136-138).

Veja-se que, inexplicavelmente, a responsabilidade solidária fica fora da referida categoria (é tratada anteriormente, como se fosse uma classe à parte dentro do assunto da sujeição passiva, nos arts. 124 e 125). Mas deve-se anotar que as dúvidas interpretativas decorrentes desta falha foram sanadas pela Colenda Suprema Corte, quando assentou, declarando a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 8.620/93, que a lei mencionada no artigo 124, inciso II, somente pode estabelecer causas de responsabilidade solidária quando forem compatíveis com as regras matrizes de responsabilidade tributária previstas pelo próprio Código Tributário em seus artigos 128 e ss., especialmente aquelas de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 (STF, RE 562276, Repercussão Geral, Tese 13. Relatora Min. Ellen Gracie, j. 03.11.2010, p. 10.02.2011).

Além disso, o diploma põe na mesma prateleira da responsabilidade por sucessão e de terceiros o conceito de "responsabilidade", no sentido tradicional, "por infrações" (arts. 136 e ss.), aparentemente ignorando o conceito técnico que ele mesmo deu para o termo, anteriormente, no art. 121.

Considerando essas clássicas críticas doutrinárias, com todas as vênias, independentemente da sistemática que o Código Tributário Nacional quis instituir, fato é que a finalidade do instituto da responsabilidade tributária, quando se atribui à pessoa física a *haftung* de pagar as obrigações da pessoa jurídica de que está por trás, é **inexoravelmente a mesma** do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Ora, pouco importa o nome que a lei ou os doutrinadores dão a um instituto. O que importa são os seus efeitos jurídicos.

Teleologicamente, não há qualquer distinção entre a desconsideração da personalidade jurídica e as hipóteses de responsabilidade dos sócios e sociedades empresárias previstas no CTN. Muito embora os dispositivos (e, quiçá, talvez até um ou outro requisito) sejam diferentes, a ideia essencial e a finalidade são absolutamente as mesmas.

Tal como não se pode dizer que há distinção de natureza entre a desconsideração do direito consumerista (que segue a teoria menor) e a do direito civil (que segue a teoria maior) apenas pela diferença no número de requisitos ou grau, também não me parece correto fazer distinção entre a natureza desses institutos e o da responsabilidade tributária nos casos supra citados.

Assim, atrai-se, aqui, a aplicação do corolário segundo o qual o semelhante deve ser tratado como o semelhante: a responsabilidade tributária, quando tem a mesma essência e finalidade da desconsideração da personalidade jurídica, como essa deve ser considerada e os mesmos princípios a ambas se aplicam -- *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo* (onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalecer a mesma regra de direito).

IV - Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Em se configurando, a desconsideração da personalidade jurídica, instituto deveras excepcional e invasivo, a lei tratou de instituir um mecanismo específico a fim de garantir com maior intensidade o direito de defesa na materialização do *disregard*.

Eis aí, portanto, o ponto de confluência dos dois tópicos anteriores: o **incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ)**.

O IDPJ é instituto novíssimo, vindo ao ordenamento pelo Código de Processo Civil baixado em 2015. Sem dificuldade aqui pode-se transcrever todos os dispositivos que dele tratam:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A título introdutório, veja-se o esboço comentário tecida por Cassio Scarpinella Bueno a respeito do incidente:

"O Anteprojeto inovou pertinentemente ao criar uma novel técnica para permitir incidentalmente ao processo desconsiderar a personalidade jurídica e, com isso, conseguir responsabilizar pessoalmente os sócios nos casos que a lei material o permite. Os Projetos do Senado e da Câmara mantiveram-no buscando seu aperfeiçoamento, sendo que o Projeto da Câmara, corretamente, propôs que a novidade fosse colocada ao lado das demais modalidades de intervenção de terceiro, o que acabou sendo acolhido pelo texto afinal aprovado" (Novo Código de Processo Civil Anotado, 1ª e., Saraiva, 2015, p. 132).

De igual forma, Daniel Neves louva o instituto:

"O Novo Código de Processo Civil prevê um incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica, finalmente regulamentando seu procedimento. Tendo seus requisitos previstos em diversas normas legais (art. 50, CC; art. 28, CDC; art. 2o, § 2o da CLT, art. 135 do CTN, art. 4o da Lei 9.605/98; art. 18, § 3º da Lei 9.847/99; art. 34 da Lei 12.529/2011, arts. 117, 158, 245 e 246 da Lei 6.404/76), faltava uma previsão processual a respeito do fenômeno jurídico, devendo ser saudada tal iniciativa" (Novo Código de Processo Civil Comentado, 1ª e., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 216).

É importante destacar o caráter *contingente* do IDPJ. Isto é, não se trata de instituto "essencial", no sentido mais próprio do termo, ao ordenamento.

Por muitos anos o ordenamento sobreviveu sem o incidente, e poderia sobreviver mais tantos sem ele, embora suscitando multiplicidade de debates e dúvidas interpretativas em desprestígio à segurança jurídica.

Ocorre que, sensível à realidade, o legislador trouxe à luz o instituto inspirado por cirúrgica constatação: **muitos abusos ao direito de defesa são cometidos na prática da desconsideração da personalidade jurídica.**

Não é difícil perceber esse fato e louvar o legislador pela iniciativa.

Vemos, na prática, que a lacônica disciplina da desconsideração (regida de forma bastante econômica pelo único art. 50 do CC, no âmbito civil) dá azo a arbitrariedades e atropelos, ensejando a responsabilização da pessoa natural por motivos fracos e muitas vezes sem que essa antes possa se fazer ouvida.

A experiência revela que não é baixo o número de decisões de desconsideração de personalidade jurídica revertidas nos tribunais.

Assim, é possível constatar que o IDPJ foi criado para **melhor cumprir** as normas constitucionais que tratam do direito de defesa, no contexto específico da desconsideração da personalidade jurídica.

Sob o ponto de vista constitucional, é possível dizer que o IDPJ é obra legislativa que traz *profundidade* aos comandos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

É criação que, para trazer à baila as categorias de K. Löwenstein, toma mais *normativas* normas constitucionais que, no contexto específico da desconsideração da personalidade jurídica, vagavam tão *nominais*.

Vale lembrar que o Código de Processo Civil é norma geral e, portanto, suas disposições --aí incluídas aquelas referentes ao IDPJ-- devem se aplicar a **todos** os procedimentos civis.

É por isso que, sem qualquer dúvida, o IDPJ deve ser aplicado nas ações consumeristas e, até por (desnecessária) previsão explícita do art. 1.062, também aos processos de competência dos juizados especiais.

Até mesmo no processo trabalhista é reconhecida a necessidade de aplicação do IDPJ, nos termos expressos do art. 855-A, CLT.

Veja-se, portanto, que, sempre que é possível a repercussão das obrigações da pessoa jurídica na esfera patrimonial da pessoa natural, **todos** os regimes processuais reclamam a aplicação do IDPJ.

Insista-se: outra não poderia ser a solução a fim de se dar coerência ao sistema, já que se trata de instituto que busca densificar um comando **constitucional** (a saber, o que exige, em **todos** os processos administrativos e judiciais, o respeito ao contraditório e à ampla defesa), e não um comando restrito a um ou outro ramo do direito qualquer.

V - Da compatibilidade e da necessidade de aplicação do IDPJ nas execuções fiscais

A fim de finalizar minha fundamentação de maneira dedutiva, estabelecerei quatro premissas, todas elas já desenvolvidas, ainda que sinteticamente, nas explicações feitas supra, para delas extrair a inexorável conclusão e dispositivo de meu entendimento a respeito dessa relevante temática:

A - O direito de defesa (com todos os seus princípios e garantias) é comando constitucional que, do ponto de vista axiológico, possui caríssima relevância, e, do ponto de vista normativo, possui alta densidade, de maneira que todos os institutos do ordenamento devem ser interpretados da maneira que maior eficácia se lhe dê;

B - As regras de responsabilidade tributária do CTN que atribuem à pessoa física ou natural e à sociedade empresária a sujeição passiva nas obrigações tributárias originalmente devidas pela pessoa jurídica a que está atrelada são, na sua essência e nos seus fins, igualmente normas de desconsideração da personalidade jurídica;

C - O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é instituto criado pelo legislador com a finalidade de densificar o comando constitucional do direito de defesa;

D - Essa densificação trazida pelo IDPJ não está restrita, nem do ponto de vista substantivo --haja vista que nas relações jurídicas de todas as classes o direito de defesa deve ser promovido--, nem do ponto de vista orgânico --haja vista que o CPC é norma geral que se aplica a todos os procedimentos cíveis-- a um ou outro ramo do direito ou a um ou outro rito processual, tendo, ao invés, caráter constitucional e, portanto, o condão de espargir sobre todas as estirpes que se possam capitalizar, cientificamente, do direito.

Da conjugação dessas quatro premissas é inevitável a conclusão de que o IDPJ deve ser aplicado também na execução fiscal, qualquer que seja o fundamento da atribuição da responsabilidade à pessoa física ou à sociedade empresária pela obrigação tributária originalmente devida pela pessoa jurídica.

Deve-se observar, ainda, a completa compatibilidade entre o novo IDPJ e o sistema do Código Tributário Nacional, pelas seguintes razões:

(i) o CTN não prevê regras específicas sobre o procedimento para se reconhecer hipóteses de responsabilidade tributária após a instauração da ação de execução fiscal; A Lei de Execução Fiscal - a antiga Lei nº 6.830, de 1980 -- também não o faz;

(ii) exsurge, então, desta ausência de expressa regulação pelo CTN ou pela legislação tributária específica, a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições do CPC que não forem incompatíveis com as disposições da legislação tributária em sua essência normativa. Assim estabelece o CTN em seu artigo 108: "*Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade*"; e assim também prevê a Lei 6830/1980 em seu artigo 1º: "*A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil*";

O novel instituto do IDPJ introduzido pelo CPC/2015 é formatado mediante regras que se compatibilizam plenamente com a legislação tributária no que tange à responsabilização tributária, porque:

1º) ao estabelecer, no artigo 134, § 2º, que "*dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial...*", o CPC dispõe que o IDPJ só é exigido quando a responsabilização é pleiteada após o ajuizamento da ação, o que é plenamente compatível com as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, que devem efetivar-se em dois planos, tanto no âmbito administrativo, como no judicial (CF/88, art. 5º, incisos LIV e LV), garantias que se enquadram no rol de limitações do poder de tributar (CF/88, art. 150, *caput*), estabelecendo o novo IDPJ uma explícita regulação a estas garantias constitucionais, conferindo-lhe maior densidade normativa e/ou efetividade;

2º) essa norma do IDPJ compatibiliza-se igualmente com as regras gerais tributárias, pois estas estruturam esse sistema especial no sentido de que o *sujeito passivo* da relação jurídica tributária (vale dizer, o *contribuinte* ou o *responsável*) deve ser identificado no processo administrativo-fiscal que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa garantida na Lei Maior e, assim, poderão tais *sujeitos passivos* figurar na CDA-Certidão de Dívida Ativa, título extrajudicial que, por força da lei, legitima a propositura da ação de execução fiscal já desde o seu início, quando tais pessoas receberão a citação e poderão exercer a defesa processualmente admissível (através de *exceção de pré-executividade* --nos casos que não exigem dilação probatória, hipótese em que não se exige sequer prestação de garantia da execução, como está assentado na jurisprudência pátria--, ou de *embargos à execução fiscal* --atendidos, aqui sim, os requisitos legais desta defesa, especialmente a garantia do juízo); daí justificar-se e compatibilizar-se com o sistema legal tributário que, segundo essa regra do CPC, art. 134, § 2º, **o IDPJ somente será admissível se a responsabilização for pleiteada pelo ente público exequente em momento posterior ao ajuizamento da execução fiscal**;

3º) caso contrário, ou seja, se a sujeição passiva tributária não está definida na CDA (porque, obviamente, não foi objeto de prévio processo administrativo de determinação), não pode ser ajuizada a execução fiscal --não há interesse processual por ausência de título executivo válido e regular--, situação que ainda possibilitará à Fazenda exequente o chamamento posterior de outros responsáveis tributários através do incidente de que aqui se trata -IDPJ--, o qual foi instituído com o fim de assegurar ao(s) requerido(s) o legítimo exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa que não lhe(s) foram asseguradas na antecedente fase administrativa de apuração das responsabilidades tributárias e formação do título executivo -a CDA--; nesse aspecto, o IDPJ vem, então, tão somente suprir essa lacuna de regulação do procedimento de responsabilização tributária, totalmente compatibilizado com o sistema tributário, tanto no âmbito constitucional, como no infraconstitucional;

4º) tratando, o objeto do IDPJ, de uma condição da própria execução fiscal - a legitimidade passiva *ad causam* -, **o exame dessa questão no IDPJ dispensa a prestação de garantia da execução**, como nos casos em que a jurisprudência já admite para a exceção de pré-executividade, **com o especial avanço normativo de assegurar as garantias constitucionais** (devido processo, contraditório e ampla defesa) **àqueles que não tiveram oportunidade de se defender no âmbito administrativo para que, somente então, uma vez definida a legitimidade passiva, possa ser sujeito aos efeitos a execução fiscal** (quando terá oportunidade de apresentar as demais defesas, na forma já contemplada pela legislação e jurisprudência pátrias);

5º) tratando-se de um novo instituto processual, estabelecido em norma geral de natureza pública -o CPC 2015--, que vem reforçar a amplitude de garantias de defesa dos réus --no caso, as pessoas em geral no que se refere à sua responsabilização tributária em execuções fiscais--. **deve-se interpretar seu âmbito de incidência da forma mais ampla possível, privilegiando as garantias constitucionais dos contribuintes, tudo isso exigindo uma revisão dos entendimentos anteriores da nossa jurisprudência, mesmo que assentados em preceitos sumulares dos tribunais, de modo a atingir o fim maior de tornar efetivas as normas constitucionais afetas às garantias fundamentais do cidadão; o ordenamento jurídico deve ser interpretado sempre à luz das modernas concepções do direito e sempre com vistas ao aperfeiçoamento do sistema jurídico de garantias dos cidadãos contra os arbítrios de qualquer natureza**, o que conduz o intérprete a concluir que o novo IDPJ instituído pelo novo CPC 2015 atende plenamente tais fins fundamentais da ordem constitucional;

6º) nesse sentido, deve-se deixar assentado que a regra de que a instauração do IDPJ (requerido após o ajuizamento da ação) importa na suspensão do processo em que pleiteada a responsabilização --CPC, art. 134, § 3º--, **não significa, nem expressa e nem implicitamente, que não possam ser praticados os atos executivos contra o(s) executado(s) originário(s), mas sim, o comando se relaciona apenas a estes em relação aos quais é pleiteada a responsabilização tributária**; e essa suspensão, aliás, vem também em benefício do ente público exequente, pois a suspensão do processo importará em suspensão também da prescrição da pretensão de cobrança em relação a tais terceiros que se pretende responsabilizar enquanto durar o processamento do incidente;

7º) no mesmo sentido, deve-se também deixar assentado que esta mesma regra --CPC, art. 134, § 3º--, não determina, nem expressa e nem implicitamente, que a Fazenda exequente esteja impedida de utilizar-se, relativamente a estes em relação aos quais é pleiteada a responsabilização tributária, dos instrumentos jurídicos contemplados na legislação para buscar garantir cautelarmente a satisfação de seus créditos (por exemplo, arrolamento de bens e medidas cautelares fiscais), atendidos os requisitos legais específicos, posto que a ordem constitucional garante a todos --portanto, também ao ente público quando litiga contra os particulares-- , o amplo acesso à justiça para resguardar-se em seus interesses e direitos (CF/88, art. 5º, inciso XXXV - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*);

8º) E, por fim, a possibilidade de os interesses da Fazenda sofrerem qualquer prejuízo é eliminada em caso de aplicação do novo instituto do IDPJ previsto no CPC 2015, porque a regulação do incidente estabelece expressamente, em seu artigo 137, que: "*acolhido o pedido de descon sideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente*".

VI – CONCLUSÃO

É compatível e necessária a instauração do IDPJ na execução fiscal em todas as hipóteses de descon sideração de personalidade jurídica, sejam as previstas no CTN a título de responsabilidade tributária com base nos artigos 128 a 138, sejam as hipóteses enquadradas no artigo 50 do Código Civil.

Ante o exposto, voto por **DAR** provimento ao agravo.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE RESOLVEU AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO CONTRA INTERLOCUTÓRIA QUE RECHAÇOU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RAZÕES DO AGRAVO INTERNO QUE NÃO ABALARAM A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. RECORRENTE QUE CONTINUA A LITIGAR CONTRA A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA A RESPEITO DA EXCEÇÃO DE PRE-EXECUTIVIDADE E A MATÉRIA FÁTICA EMERGENTE DOS AUTOS. DESPROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto do Desembargador Federal Toru Yamamoto, vencido o Desembargador Federal Souza Ribeiro, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026654-83.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMPLEXO HOSPITALAR J.S.J. LTDA

Advogado do(a) APELADO: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026654-83.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMPLEXO HOSPITALAR J.S.J. LTDA

Advogado do(a) APELADO: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno (ID 140900973) interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática deste Relator (ID 137560919) que, por entender aplicável ao caso a tese firmada pelo STF nos autos do RE nº 574.706, negou provimento à sua apelação, na parte conhecida, e à remessa necessária.

Deu-se oportunidade para resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026654-83.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMPLEXO HOSPITALAR J.S.J. LTDA

Advogado do(a) APELADO: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

A ata de julgamento do RE nº 574.706/PR e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"), de modo que se tomou de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem segurança para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa, que hoje está abrigada no TEMA 69.

O STJ vem aplicando sem titubeios o quanto decidido pelo STF no RE nº 574.706/PR (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018 - EDcl no AgRg no AREsp 400.024/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 16/05/2018 - REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018 - REsp 1089297/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018), a demonstrar que não se deve ter receio de errar em continuar julgando, sem qualquer suspensão, os casos como o presente.

Destaco que no âmbito do STF sempre se entendeu pela possibilidade de aplicação de precedente firmado pelo Plenário para o julgamento imediato de causas que versassem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (ARE 673256 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013 - ARE 930647 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016).

Essa jurisprudência ancestral do STF mantém-se indene mesmo após a superveniência do CPC/15, como segue:

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. 3. Embargos de declaração rejeitados. (RE 993773 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017).

No cenário habitado pelos Tribunais Regionais Federais, constata-se que a decisão do STF (RE 574.706-9/PR) está sendo aplicada em sede de decisão monocrática e de julgamento colegiado (TRF4: TRF4, AC 5012418-92.2013.404.7205, VICE-PRESIDÊNCIA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, juntado aos autos em 22/09/2017 - AG 5050348-89.2017.404.0000, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 25/09/2017 - AG 5051968-39.2017.404.0000, SEGUNDA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 22/09/2017; TRF1: AC 0056166-81.2014.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EDUARDO MORAIS DA ROCHA (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 15/09/2017 - AC 0002340-09.2016.4.01.3809 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSSES, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 15/09/2017 - AMS 0056564-55.2015.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA, OITAVA TURMA, e-DJF1 de 01/09/2017).

No que tange à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, sua posterior apreciação não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes, salvo se presente ordem nesse sentido pela Suprema Corte - art. 1035, § 5º, do CPC/15 e art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73. Na matéria, é de se ressaltar que a Suprema Corte já exprimiu o posicionamento de que o ICMS não integra o conceito de faturamento/receita para fins de tributação do STF quando do julgamento do RE nº 240.785-2/MG, não traduzindo inovação jurisprudencial a invocar eventual modulação.

O entendimento firmado pelo STF de exclusão do ICMS escriturado aplica-se tanto ao regime cumulativo quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS. A alteração promovida pela Lei nº 12.973/14, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 para a receita bruta, em nada altera a conclusão alcançada Suprema Corte, calcada no próprio conceito constitucional de receita/faturamento. Nesse sentido: AC 2015.61.00.017054-2/SP / TRF3 - SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOM DI SALVO / D.E. 14.03.17.

De igual modo, é pacífica a jurisprudência desta Corte Regional no sentido de que o quanto decidido como **Tema 69 se aplica ao ISS**, porque a lide é rigorosamente a mesma: gira em torno da possibilidade ou não de a base de cálculo de tributo representada sobre a receita e o faturamento, ser composta também por numerário que **não integrará** o patrimônio do contribuinte; *in caso*, o ISSQN será repassado ao município.

Confira-se: 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024694-59.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 21/01/2020 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004533-32.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000676-40.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019 - 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005118-80.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 23/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005153-65.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 22/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001245-55.2018.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 02/01/2020.

Em recente julgado, a 4ª Turma desta Casa ressaltou:

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. (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5003157-18.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 22/11/2019, Intimação via sistema DATA: 04/12/2019).

É certo que “o STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; *leading case*: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País” (3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017089-32.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2020).

Enfim, a partir dos argumentos jurídicos expostos no paradigma, deve-se excluir da base de cálculo do PIS/COFINS todo o ISSQN devido pelo contribuinte ao município.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ISSQN (DESTACADO) DAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA Nº 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). AINDA, AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO NESSE SENTIDO QUANTO AO TEMA Nº 118. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026584-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: VAGNER ALBUQUERQUE DE LIMA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUANA DA PAZ BRITO SILVA - SP291815-A

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026584-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: VAGNER ALBUQUERQUE DE LIMA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUANA DA PAZ BRITO SILVA - SP291815-A

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação de cobrança de diferença do PIS/PASEP cumulada com requerimento de indenização de danos morais e materiais, indeferiu o pedido de Justiça Gratuita.

O autor, ora agravante, afirma não possuir condições de arcar com os custos processuais.

Aduz que seus gastos mensais com alimentação, saúde e moradia somariam R\$ 4.238,91, enquanto seu salário líquido, como servidor público municipal, seria de R\$ 5.398,19.

Sustenta que as custas processuais seriam altas, considerado o valor atribuído à causa (R\$ 73.750,01).

Argumenta que a gratuidade não é destinada apenas aos miseráveis, mas, também, àqueles que não podem arcar com o custo do processo.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (ID 107310308).

Resposta (ID 107604168).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026584-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: VAGNER ALBUQUERQUE DE LIMA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUANA DA PAZ BRITO SILVA - SP291815-A

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

O Código de Processo Civil:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

A declaração de hipossuficiência goza de presunção **relativa** de veracidade e pode ser afastada diante de elementos demonstrativos da capacidade econômica.

A simples afirmação de hipossuficiência é suficiente ao deferimento do benefício da gratuidade processual.

Porém, o Magistrado pode indeferir o pedido, quando presentes elementos que indiquem que o requerente possui condições financeiras de arcar como processo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Todas as questões postas em debate foram efetivamente decididas pelo Tribunal de origem, não tendo havido vício algum que justificasse o manejo dos Embargos Declaratórios. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A previsão contida no art. 4º da Lei 1.060/50, a qual dispõe que, por meio de simples petição, a parte poderá alegar não ter condições de arcar com as despesas do processo, traz presunção juris tantum de que o indivíduo que solicita o benefício não tem condições de pagar as despesas do processo.

3. In casu, o Tribunal a quo, com apoio no material fático-probatório constante dos autos, consignou que o estado de hipossuficiência do recorrente não restou evidenciado, de modo que o pagamento das despesas processuais não causaria prejuízos ao seu sustento ou de sua família.

4. Infirmar o entendimento estabelecido pelo Tribunal de origem, para concluir que o pagamento das despesas processuais acarretaria grave lesão ao sustento próprio e da família do agravante, implicaria em necessário reexame de provas, o que é vedado nesta oportunidade, a teor do que dispõe a Súmula 7 do STJ.

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 601.930/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO CONTRA O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO AGRAVO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A declaração de hipossuficiência apresentada pela parte detém presunção juris tantum de veracidade, podendo a autoridade judiciária indeferir o benefício quando convencida acerca da capacidade econômica do postulante. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 457.451/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015).

Inexiste critério legal delimitativo da hipossuficiência.

A matéria deve ser analisada pelo Magistrado, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

No caso concreto, a DIRPF de 2019 (ID 106114732) prova que o agravante recebeu rendimentos tributáveis no valor de R\$ 90.137,45 no ano-calendário de 2018.

No mesmo exercício, declarou a propriedade de veículo no valor de R\$ 55.022,00.

Declarou, ainda, dívida decorrente de empréstimo consignado de R\$ 65.097,02, a qual foi renegociada nos últimos dois exercícios, com redução de valor.

Não há prova da hipossuficiência econômica.

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA FÍSICA - PRESUNÇÃO RELATIVA: AFASTADA.

1. A declaração de pobreza goza de presunção relativa de veracidade.
2. A presunção foi afastada.
3. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013285-52.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: BMD-BAN ATIVOS FINANCEIROS S/A EM LIQUIDACAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: EDNA PEIXOTO SOARES - SP167296, CIBELE MORETIM CANZI - SP159378

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013285-52.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: BMD-BAN ATIVOS FINANCEIROS S/A EM LIQUIDACAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: EDNA PEIXOTO SOARES - SP167296, CIBELE MORETIM CANZI - SP159378

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Agravo interno interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra decisão que **deu provimento ao agravo de instrumento** por reconhecer a ocorrência de prescrição.

Naquele recurso a então agravante - RETOUR ATIVOS FINANCEIROS LTDA – em liquidação, antigo BMD – BAN ATIVOS FINANCEIROS S/A - buscava a reforma da decisão de primeiro grau que **rejeitou exceção de pré-executividade** oposta em autos de execução.

Anoto que a ação executiva fiscal veicula a cobrança de crédito não tributário no valor original de R\$ 2.470.546,32 (data da consolidação do cálculo: 22/12/2018) relativo a **ressarcimento ao erário decorrente de Tomada de Contas do TCU**.

Da decisão agravada consta a seguinte fundamentação:

“...

Nestes autos, invocou a excipiente decadência e prescrição, matérias que, a princípio, incluem-se no rol das cabíveis de serem apreciadas nessa estreita via.

Em relação à alegação de decadência, não assiste razão à executada, na medida em que, em se tratando de dano ao erário, tem-se que o crédito, ao contrário do que afirma em sua petição, constitui-se como a própria prática do ato ilícito e não como o acórdão do TCU que reconheceu sua existência.

Não há que se falar, outrossim, em prescrição, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em 08.08.2018, na apreciação do tema 897, em sede de repercussão geral, fixou a seguinte tese:

São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

Sendo este justamente o caso dos autos, é de se reconhecer a imprescritibilidade do direito à cobrança do crédito estampado na CDA que instrui a inicial.

Finalmente, no que concerne à legitimidade passiva, alega a excipiente inexistência de dolo, matéria esta que, pela sua própria natureza, somente pode ser comprovada com dilação probatória, não admitida nessa estreita via da exceção, mas sim pela ação de embargos, cujo ajuizamento depende de ser previamente garantido o juízo.

Em face do exposto, rejeito a exceção de pre-executividade oposta.”

Nas **razões recursais** a agravante reitera as alegações expendidas na exceção acerca da ilegitimidade passiva (não concorreu a executada para a prática de qualquer ato no âmbito da administração pública), decadência e prescrição (os acórdãos do TCU transitaram em julgado em 2008, mas a inscrição em dívida ativa ocorreu apenas em 2018), ressaltando que o STF fixou tese no sentido de que “*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*” conforme Recurso Extraordinário nº 636.886 – **Tema 899**.

Não houve pedido expresso de concessão de efeito suspensivo.

Informações prestadas pelo MM. Juízo de origem (ID 134129230).

Contraminuta da agravada pelo improvemento do recurso (ID 136128531).

Sobreveio a decisão agravada.

Nas razões do **agravo interno** (ID 144385350) o INSS requer seja exercido o juízo de retratação ou, caso mantida a decisão, requer o julgamento do recurso pela C. Turma para que a decisão seja reformada.

Alega ser o crédito em comento imprescritível. Narra os fatos que levaram à condenação do banco agravante no TCU e conclui, em síntese, que em se tratando de **ressarcimento ao erário por ato ilícito**, tais ações são imprescritíveis.

Alega a impossibilidade da aplicação retroativa do Tema 899 e alega a pendência de trânsito em julgado ante a interposição de embargos de declaração.

Subsidiariamente requer a suspensão do julgamento do agravo de instrumento até o trânsito em julgado do RE 636.886.

Recurso respondido (ID 146842833).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013285-52.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: BMD-BAN ATIVOS FINANCEIROS S/A EM LIQUIDACAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: EDNA PEIXOTO SOARES - SP167296, CIBELE MORETIM CANZI - SP159378

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Pretende a agravante a reforma da decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento.

Não há empeco à decisão unipessoal, no caso.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 586 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno - POR SINAL UTILIZADO PELA PARTE, AQUI - contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, "Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno" (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURELIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que "A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, caput, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte" (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de assegurar à parte acesso ao colegiado.

Por tal razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a **ampliação interpretativa** das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria.

De todo modo, os argumentos expendidos pela agravante não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, razão pela qual as reitero, na parte que interessa ao deslinde deste recurso, adotando-as como razão de decidir deste agravo.

“(...)

Todavia, melhor assiste à recorrente no que diz respeito à prescrição.

Como relatado, o crédito em referência tem origem decisão do Tribunal de Contas da União (tomada de contas especial) e foi constituído definitivamente em 02/07/2008, mas foi inscrito em dívida ativa apenas em 13/12/2018 – mais de dez anos depois – sendo a execução fiscal ajuizada em 22/12/2018.

Tais informações constam expressa e claramente da certidão de dívida ativa que instrui a execução fiscal (ID 13349111 dos autos originais).

Recentemente o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral (**Tema 899**):

“É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

A argumentação da exequente, acolhida na decisão agravada, no sentido da imprescritibilidade consoante a tese firmada no Tema 897 do STF **não** se aplica ao caso presente, uma vez que a questão **não** envolve especificamente ação de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

Na singularidade, decorreu prazo superior a cinco anos (Decreto nº 20.910/1932 – aplicável por analogia) entre o trânsito em julgado do acórdão do TCU e o início da cobrança via ação executiva fiscal.

De rigor o reconhecimento da prescrição.

(...)”

Desnecessário aguardar-se o *resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos*, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma ser prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. Ainda: “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).

No julgamento do RE 636.886 apenas se **reconheceu** a existência de prescrição a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, não havendo que se falar que não se aplica ao caso presente ante a “modificação de jurisprudência”.

Ante o exposto, voto por **negar provimento ao agravo interno**.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO AGRAVO. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPESSOAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS *EFICIÊNCIA* (ART. 37, CF), *ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO* (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a **ampliação interpretativa** das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.

3. O crédito em referência tem origem decisão do Tribunal de Contas da União (tomada de contas especial) e foi constituído definitivamente em 02/07/2008, mas foi inscrito em dívida ativa apenas em 13/12/2018 – mais de dez anos depois – sendo a execução fiscal ajuizada em 22/12/2018.

4. O Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral (**Tema 899**): “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

5. A argumentação da exequente no sentido da imprescritibilidade consoante a tese firmada no Tema 897 do STF não se aplica ao caso presente, uma vez que a questão não envolve especificamente ação de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

6. No caso dos autos decorreu prazo superior a cinco anos (Decreto nº 20.910/1932 – aplicável por analogia) entre o trânsito em julgado do acórdão do TCU e o início da cobrança via ação executiva fiscal; de rigor o reconhecimento da prescrição.

7. Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma ser prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

8. No julgamento do RE 636.886 apenas se reconheceu a existência de prescrição a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, não havendo que se falar que não se aplica ao caso presente ante a “modificação de jurisprudência”.

9. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000176-89.2020.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PERFECTA PROJETOS COMERCIO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: BRUNO SILVA GOMES - SP342159-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000176-89.2020.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PERFECTA PROJETOS COMERCIO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: BRUNO SILVA GOMES - SP342159-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por PERFECTA PROJETOS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, em face do Delegado da Receita Federal do Brasil em Santos - SP, visando a provimento jurisdicional que exclua da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e do Programa de Integração Social – PIS os valores recolhidos a título de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, e o reconhecimento do direito de compensar os valores já recolhidos nos 05 anos anteriores ao ajuizamento da ação.

A sentença concedeu a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, a fim de declarar a não incidência do PIS e da COFINS sobre os valores de ISS, suspendendo-se a exigibilidade da diferença apurada (CTN, art. 151, inc. V); 2) declarar o direito à compensação/restituição dos valores recolhidos a este título, após o trânsito em julgado, observadas a prescrição quinquenal, a lei em vigor no momento do ajuizamento da ação e a correção monetária pela SELIC. Incide, ainda, a exigência de trânsito em julgado, conforme previsto pelo art. 170-A do CTN. No que se refere aos tributos passíveis de compensação, deverão ser observadas as limitações impostas pela lei em vigor no momento do ajuizamento da ação (art. 74 da Lei n. 9.430/97, com alterações subsequentes, e art. 26-A da Lei n. 11.457/07, incluído pela Lei n. 13.670, de 30/05/18). Indevidos honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009. A União está isenta de custas, na forma da Lei n. 9.289/96. Sentença sujeita ao reexame necessário. Apelação da União Federal, respondida. Parecer ministerial sem interesse na apreciação do mérito.

A decisão monocrática proferida por este Relator negou provimento ao apelo e ao reexame necessário.

Neste agravo interno a União (FAZENDA NACIONAL), requer o provimento do recurso a fim de determinar o sobrestamento do feito até o final julgamento do RE 592.616 ou, caso assim não seja entendido, até o final julgamento dos embargos de declaração opostos pela União perante o E. STF no nº 574.706/PR, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal, bem como esse Egrégio Tribunal Regional Federal, reconhecer a legalidade e constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, dando-se integral provimento ao recurso de apelação da União e à remessa oficial. Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000176-89.2020.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PERFECTA PROJETOS COMERCIO E SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: BRUNO SILVA GOMES - SP342159-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Cuida-se de recurso de agravo interno interposto pela União contra decisão monocrática deste Relator, que negou provimento ao apelo e ao reexame necessário.

A insistência da União no sobrestamento do feito não tem qualquer propósito.

É desnecessária – e ilegal – a suspensão do andamento do processo até que o STF aprecie embargos de declaração onde busca modulação dos efeitos do Tema nº 69. Além dos extensos argumentos por nós apresentados, é de se invocar a posição do próprio STF, posto em reclamação deduzida pela União Federal contra acórdão desta Corte, exarada pelo Ministro Relator, no seguinte sentido: “...o exame do ato reclamado evidencia, em face da situação concreta ora apreciada, que não ocorreu usurpação da competência desta Suprema Corte nem sequer transgressão da autoridade do julgamento do RE 574.706/PR, pois a decisão de que se reclama limitou-se a confirmar a aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, ao caso, tendo em vista a desnecessidade de aguardar-se o trânsito em julgado (ou eventual modulação temporal dos efeitos) do acórdão desta Suprema Corte invocado, pela parte reclamante, como paradigma de confronto (...) 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 – RE 1.006.958-AgR-ED-ED/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) (...) Não constitui demasia assinalar que a modulação, no tempo, da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de matéria revestida de caráter excepcional, não se presume nem inibe, ante a sua potencial adoção (que exige, mesmo em sede de controle incidental, pronunciamento por maioria qualificada de 2/3 dos juízes desta Corte, consoante acentuado em Questão de Ordem no RE 586.453/SE), a incidência imediata da regra consubstanciada no art. 1.040, I, do CPC/2015, o que afasta, por isso mesmo, eventual alegação de ofensa à autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal ou da usurpação de sua competência, inviabilizando, em consequência, o acesso à via da reclamação...” (Reclamação nº 30.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 09 de agosto de 2018, DJe-164 DIVULG 13/08/2018 PUBLIC 14/08/2018).

No sentido do exposto (aplicação do tema desde logo): 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. Isso porque “a sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral” (RE 440787 AgR-segundo, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2018 PUBLIC 21-05-2018).

Isso basta para se constatar o acerto da posição desta Corte Regional em aplicar, prontamente, o tema decidido em repercussão geral, de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

No mérito, as razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 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*”.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o *PIS* e da *COFINS* (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019), não havendo que se falar em ofensa ao princípio da congruência ou do dispositivo, vez que a exclusão do ICMS destacado é corolário da aplicação ao caso do precedente firmado pelo STF.

A questão de “qual” ICMS deve ser expurgado do cálculo de *PIS/COFINS* faz parte do mérito, porquanto a própria Ministra Relatora Carmem Lúcia tratou da matéria, como já acentuamos.

Ainda, a intenção fazendária de que solução de consulta proferida por órgão administrativo se sobreponha ao entendimento do STF e desta Corte Regional é despropositada, uma vez que o Judiciário não se submete às repartições públicas, já que, pela Constituição, o contrário é a verdade.

No mais, a Suprema Corte vem aplicando o Tema nº 69 (“O STF, no exame do RE 574.706 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tema 69), firmou entendimento no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do **PIS** e da **Cofins**” - RE 883399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018). Nesse mesmo sentido: RE 1100405 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 11-04-2019 PUBLIC 12-04-2019- RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018 - 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.

Quanto ao ISSQN, é pacífica a jurisprudência desta Corte Regional no sentido de que o quanto decidido como Tema nº 69 se aplica ao imposto municipal, porque a lide é rigorosamente a mesma: gira em torno da possibilidade ou não de a base de cálculo de tributo representada sobre a receita e o faturamento, ser composta também por numerário que não integrará o patrimônio do contribuinte; in caso, o ISSQN será repassado ao município.

Confira-se: 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024694-59.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 21/01/2020 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004533-32.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000676-40.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019 - 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005118-80.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 23/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005153-65.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 22/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001245-55.2018.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 02/01/2020.

Em recente julgado a 4ª Turma desta Casa ressaltou: “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” (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5003157-18.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 22/11/2019, Intimação via sistema DATA: 04/12/2019).

É certo que “o STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do **ISS** na base de cálculo do **PIS** e da **Cofins** em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País” (3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017089-32.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/01/2020).

Enfim, a partir dos argumentos jurídicos expostos no paradigma, deve-se excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ISSQN devido pelos contribuintes ao município.

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ISS. A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC** e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - 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 8.212/91), deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ISSQN (DESTACADOS) DAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). AINDA, AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO NESSE SENTIDO QUANTO AO TEMA Nº 118. RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO QUE FOI ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000471-41.2020.4.03.6100

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

APELANTE: BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELANTE: DEBORA MENDONCA TELES - SP146834-A, ALESSYARA GIOCASSIA RESENDE DE SA ROCHA VIDIGAL - MG146647-A

APELADO: LIMP MAXI - LIMPEZA, CONSERVACAO E SERVICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: MANUEL LUIS DA ROCHA NETO - CE7479-A, RODRIGO JEREISSATI DE ARAUJO - CE8175-A, KARINE FARIAS CASTRO - CE14210-A, FABIA AMANCIO CAMPOS - CE12813-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000471-41.2020.4.03.6100

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

APELANTE: BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELANTE: DEBORA MENDONCA TELES - SP146834-A, ALESSYARA GIOCASSIA RESENDE DE SA ROCHA VIDIGAL - MG146647-A

APELADO: LIMP MAXI - LIMPEZA, CONSERVACAO E SERVICOS LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado em 14/01/2020 por LIMPAXI – LIMPEZA, CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. em face de ato do RESPONSÁVEL PELO EDITAL DE LICITAÇÃO ELETRÔNICA Nº 2019/04240, vinculado à DIRETORIA DE SUPRIMENTOS, INFRAESTRUTURA E PATRIMÔNIO DO BANCO DO BRASIL S/A objetivando obter ordem que determine à autoridade impetrada a alteração de cláusulas do edital de Licitação Eletrônica nº 2019/04240, com posterior reabertura de prazo para apresentação de propostas e documentos pelos candidatos.

Diz que, após análise minuciosa do instrumento convocatório, constatou as seguintes violações às normas que regem as licitações públicas:

1. Cláusula quinta, § 6º: é incabível a retenção de pagamentos por força da irregularidade fiscal, previdenciária e ou trabalhista;
2. Tabela de Encargos Sociais (Anexo II): irregular previsão de incidência de contribuição previdenciária sobre verbas de caráter eminentemente indenizatório;
3. falta de previsão de critério de correção monetária por atraso no pagamento das faturas e de compensação financeira por eventual atraso, conforme prevê o art. 40, XIV, “c” e “d”, da Lei nº 8.666/93.

Aduz, ainda, que o edital apresenta contradições que precisam ser sanadas para suprir as dúvidas dos licitantes e permitir a correta elaboração das propostas:

1. a Errata 01, que alterou trecho do edital, referiu-se à Licitação Eletrônica nº 2019/04474, sendo que o certo seria Licitação Eletrônica nº 2019/04474;
2. existe divergência de valores dos salários decorrentes da forma de cotação estabelecida pela planilha de preços (item 2.2.1, Anexo II – Minuta de Carta Proposta e item 6.9.1);
3. divergência entre os itens 2.7 do Termo de Referência e o item “b” do Anexo 2 – Minuta de Carta Proposta no que tange à quantidade de uniformes a ser fornecida aos empregados;
4. divergência entre os itens 2.2 e 2.2.1 no que tange à carga horária mínima para “Outras Dependências”.

Sustenta que o edital viola o art. 33 da Lei nº 13.303/2016, que exige especificação clara do objeto licitado.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 474.000,00.

A liminar foi **deferida em parte** para determinar “a suspensão do procedimento de licitação eletrônica nº 2019/04240, deferindo o prazo para que a autoridade impetrada, até a apresentação de suas informações a este Juízo, possa realizar os ajustes no Edital e minuta do contrato, a fim de suprir os tópicos objeto de impugnação pela impetrante, nos termos desta decisão”. Consignou ainda o Juiz *a quo* que “com a retificação, deverá a autoridade impetrada proceder a nova publicação do instrumento editalício, designando novo prazo para entrega das propostas pelos candidatos” (ID nº 1441066401).

Em face desta decisão o BANCO DO BRASIL S/A interpôs agravo de instrumento, ao qual **indeferiu** a antecipação dos efeitos da tutela (ID nº 144106432).

A autoridade impetrada prestou informações (ID nº 144106411).

A impetrante apresentou réplica (ID nº 144106439).

Em 08/05/2020 o Juiz *a quo* proferiu sentença **concedendo em parte a segurança** “para determinar à autoridade impetrada que realize os ajustes no Edital da Licitação Eletrônica nº 2019/04240, bem como na minuta do contrato, a fim de regularizar os tópicos referentes à estipulação de índice de atualização monetária, compensações financeiras e penalizações aplicáveis na hipótese de atraso no pagamento pela contratante de suas obrigações mensais, bem como à composição do custo do serviço pelos candidatos, em especial no que concerne aos itens “despesas gerais”, método de cálculo da remuneração devida pela contratante por cada funcionário da contratada colocado à disposição, quantidades de uniformes a serem fornecidos pela contratada a cada empregado colocado à disposição da contratante, e, por fim, dimensionamento da jornada dos empregados a serem alocados em unidades administrativas da contratante”. Com as retificações, determinou que a autoridade impetrada procedesse à publicação de novo edital, reabrindo o prazo para entrega das propostas pelos candidatos” (ID nº 144106441).

Sentença submetida a **reexame necessário**.

Os embargos de declaração opostos pelo BANCO DO BRASIL S/A foram rejeitados (ID nº 144106449).

Irresignado, o BANCO DO BRASIL S/A interpôs apelação sustentando, em síntese, que (i) o ato impugnado no presente *writ* não foi proferido por autoridade com funções delegadas, tratando-se de mero *ato de gestão* empresarial, sendo incabível o mandado de segurança; (ii) não existe obrigação de previsão de índice de correção monetária e compensações financeiras para o caso de atraso no pagamento porque a licitação é regida pela Lei nº 13.303/16, e não pela Lei nº 8.666/93; além disso, as Leis nº 10.192/2001 e nº 9.069/95 admitem estipulação de atualização financeira apenas para períodos superiores a um ano e existe determinação do TCU para não inclusão de tal cláusula em seus instrumentos convocatórios; (iii) a impetrante é detentora de um dos contratos a ser substituído pela presente licitação e, sendo assim, não é leiga em termos de conhecimento dos contratos, dos uniformes e proporcionalidades para cálculos de mão de obra e demais previsões editalícias; (iv) em relação às “Despesas Gerais”, a correção do edital trouxe encargos para a instituição financeira e não para a empresa licitante; além disso, o que existe é mera dificuldade da parte adversa na realização dos cálculos, pois foram apresentados todos os elementos necessários para a sua elaboração, não havendo inconsistências, sendo necessário que se considerem duas casas decimais após a vírgula; (v) o item 2.7, “a” e “b” estabelece quais peças compõem o uniforme e suas respectivas quantidades, sendo que um uniforme por semestre compreende a tabela completa constante no referido item; (vi) o item “b” do Anexo II foi objeto da “Errata 01”, que deixou claro que o uniforme e demais itens são de responsabilidade da empresa contratada; (vii) não há dúvida sobre o critério de carga horária para cada dependência quando observados os critérios de dimensionamento contidos no item 2.2 do Anexo I do Edital e os tipos de dependências previstos no Anexo A do Anexo I do Edital, sendo que a sentença, no ponto, deve ser anulada, pois o Juízo *a quo* deixou de fundamentar qual seria a omissão ou obscuridade do edital; e (viii) a determinação de nova publicação de edital fere o princípio da conveniência/discrecionalidade de licitar da Administração Pública, mormente porque diante do período de pandemia é possível que o apelante tenha que apresentar outros editais de licitação para o serviço de limpeza, com cláusulas diversas (ID nº 144106453).

Nos autos nº 5017914-69.2020.4.03.0000, deferi o pedido de efeito suspensivo à apelação (ID nº 144106456).

A impetrante apresentou contrarrazões (ID nº 144106466).

O Ministério Público Federal não ofertou parecer quanto ao mérito, manifestando-se pelo regular prosseguimento do feito (ID nº 144951063).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000471-41.2020.4.03.6100

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

APELANTE: BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELANTE: DEBORA MENDONCA TELES - SP146834-A, ALESSYARA GIOCASSIA RESENDE DE SA ROCHA VIDIGAL - MG146647-A

APELADO: LIMP MAXI - LIMPEZA, CONSERVACAO E SERVICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: MANUEL LUIS DA ROCHA NETO - CE7479-A, RODRIGO JEREISSATI DE ARAUJO - CE8175-A, KARINE FARIAS CASTRO - CE14210-A, FABIA AMANCIO CAMPOS - CE12813-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de mandado de segurança pelo qual se objetiva ordem que determine a realização de alterações em cláusulas da minuta do contrato de prestação de serviços referentes à Licitação Eletrônica nº 2019/04474 do BANCO DO BRASIL, com posterior reabertura do prazo para apresentação de propostas e documentos pelos candidatos.

A matéria preliminar não comporta maiores digressões, pois está estampada na Súmula nº 333 do Superior Tribunal de Justiça a adequação da via eleita, *in verbis*: “cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública”.

Ou seja, os atos praticados em processo licitatório são atos de autoridade e não meros atos de gestão.

Nesse sentido:

..EMEN: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO PRATICADO EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO POR DIRIGENTE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL. AUTORIDADE FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Conforme o art. 109, VIII, da Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar "os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal". Para fixar a competência, portanto, a norma constitucional leva em consideração a posição da autoridade impetrada (se federal ou não), atenta ao princípio federativo por força do qual a autoridade federal não está sujeita à Justiça dos Estados federados.

2. Ao estabelecer que "cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública", a súmula 333/STJ parte do pressuposto necessário que o ato praticado em processo licitatório é ato de autoridade. Não fosse assim, não caberia mandado de segurança.

3. Ora, em se tratando de ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista federal, a autoridade que o pratica é federal (e não estadual, distrital ou municipal). Ainda que houvesse dúvida sobre o cabimento da impetração ou sobre a natureza da autoridade ou do ato por ela praticado, a decisão a respeito não se comporta no âmbito do conflito de competência, devendo ser tomada pelo Juiz Federal (Súmula 60/TFR).

4. No caso, o ato atacado foi praticado pelo Superintendente da Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU (sociedade de economia mista federal) e consistiu em declarar a empresa Prisma - Consultoria e Serviços Ltda. vencedora de processo licitatório. Tratando-se (a) de ato praticado em licitação (b) por autoridade federal, a competência é da Justiça Federal. Precedentes: CC 46035/AC, 1ª S., Min. José Delgado, DJ de 01.02.2006; CC 54140/PB; 1ª S., Min. Eliana Calmon, DJ de 02.05.2006; CC 46740/CE, 1ª S., Min. Luiz Fux, DJ de 17.04.2006; CC 54854/SP, 1ª S., Min. José Delgado, DJ de 13.03.2006. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Federal. ..EMEN:

(CC - CONFLITO DE COMPETENCIA - 71843 2006.02.11031-3, ELIANA CALMON, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:17/11/2008 ..DTPB:.)

Portanto, **rejeito** a preliminar de inadequação da via eleita.

Passo à preliminar de nulidade da sentença.

A apelante sustenta que não há dúvida sobre o critério de carga horária para cada dependência e que a sentença deve ser anulada, no ponto, por falta de fundamentação.

A preliminar deve ser rejeitada, pois restou expressamente consignado na sentença que a necessidade de retificação do edital decorre da possibilidade de interpretações ambíguas e da necessidade de se permitir aos interessados o adequado dimensionamento dos custos de suas propostas.

Ou seja, o Juiz *a quo* adotou fundamentação suficiente para a determinação de retificação do edital, sendo certo que "o juiz 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 um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, Agr. nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015).

Não se pode confundir a falta de fundamentação com a motivação sucinta (REsp 763.983/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 288), que é o caso dos autos.

Passo ao mérito.

A r. sentença **concedeu em parte a segurança** para determinar que a autoridade impetrada “realize os ajustes no Edital da Licitação Eletrônica nº 2019/04240, bem como na minuta do contrato, a fim de regularizar os tópicos referentes à estipulação de índice de atualização monetária, compensações financeiras e penalizações aplicáveis na hipótese de atraso no pagamento pela contratante de suas obrigações mensais, bem como à composição do custo do serviço pelos candidatos, em especial no que concerne aos itens ‘despesas gerais’, método de cálculo da remuneração devida pela contratante por cada funcionário da contratada colocado à disposição, quantidades de uniformes a serem fornecidos pela contratada a cada empregado colocado à disposição da contratante, e, por fim, dimensionamento da jornada dos empregados a serem alocados em unidades administrativas da contratante”. Com as retificações, determinou que a autoridade impetrada publique novo edital, reabrindo o prazo para entrega das propostas pelos candidatos.

A impetrante alegou violação ao art. 40, “c” e “d”, da Lei nº 8.666/93, por falta de previsão editalícia de critérios de correção monetária e de compensação financeira e penalidades por atraso no pagamento das faturas.

Legalmente existe previsão de reajuste financeiro com periodicidade anual (Lei nº 10.192, de 2001, arts. 2º e 3º - art. 28 da Lei nº 9.069, de 29.06.1995); ou seja, desde o Plano Real está vedada a correção monetária por índice de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos, que sejam utilizados com periodicidade inferior a um ano.

Essa é a orientação já feita pelo TCU (Acórdão 1828/2008), inclusive considerando como marco temporal para fins de repactuação a data em que surtiu o desequilíbrio da equação econômica financeira do contrato, e observada a anualidade exigida pela legislação instituidora do Plano Real. Ou seja: o TCU não dispensa a periodicidade anual (Acórdãos TCU 1.563/2004-Plenário, 1.941/2006-Plenário).

É certo que posições do TCU podem ser contrastadas pelo Judiciário, mas, no caso, a posição do TCU está lastreada em leis (Lei nº 10.192, de 2001, arts. 2º e 3º - art. 28 da Lei nº 9.069, de 29.06.1995) e no Decreto Federal nº 9.507 de 21.9.2018, arts. 12 e 13, sendo certo que foi acolhida na Orientação Normativa nº 26/2011, da Advocacia Geral da União/AGU.

Portanto, não há qualquer nulidade no edital, no ponto.

Prossigo.

No que diz respeito à divergência de valores dos salários decorrente da forma de cotação estabelecida pela planilha de preços, entendo que o Banco contratante deve oferecer a planilha de forma adequada, a fim de que não ocorra erro de cálculos para a oferta das propostas, já que os itens 6.9.1 do Edital e 2.2 de seu Anexo I, bem como a complexidade das informações sobre a forma correta de cálculo constante das razões de apelação e das informações prestadas revelam que a forma de cálculo merece esclarecimentos a serem feitos no edital.

Já em relação fornecimento de uniformes, analisando os termos do edital não verifico divergências quanto ao quantitativo, sendo o item 2.7 do Termo de Referência muito claro quanto aos itens que compõem “um uniforme”, que deve ser substituído a cada seis meses. Portanto, o item “b” – Despesas Gerais – da Minuta de Carta Proposta, ao indicar “mínimo de dois uniformes por ano/funcionário” claramente se refere ao conjunto completo previsto no item 2.7 do Termo de Referência.

A responsabilidade pelo fornecimento dos uniformes não foi questionada na petição inicial. Aliás, na inicial, a impetrante assume que se trata de “custo direto da empresa”. Portanto, a r. sentença é *ultra petita* ao determinar o esclarecimento do edital, no ponto.

Ressalto que o reconhecimento do vício, de ofício, não implica em violação ao art. 10 do CPC. Sim, pois não há decisão surpresa quando o magistrado reconhece que a sentença concedeu ao autor algo que não foi pedido em sua petição inicial porque ninguém melhor que o autor conhece os limites de seu pedido.

Com efeito, segundo o magistério de Nelson e Rosa Nery, o art. 10 do CPC veda a decisão surpresa “a qual se baseia em fatos ou circunstâncias que não eram do conhecimento da parte prejudicada pela mesma decisão” (Comentários ao CPC, 2ª tiragem, p. 211).

Deve-se ainda lembrar que “não há falar em decisão surpresa quando o magistrado, diante dos limites da causa de pedir, do pedido e do substrato fático delineado nos autos, realiza a tipificação jurídica da pretensão no ordenamento jurídico posto, aplicando a lei adequada à solução do conflito, ainda que as partes não a tenham invocado (iura novit curia) e independentemente de oitiva delas, até porque a lei deve ser do conhecimento de todos, não podendo ninguém se dizer surpreendido com a sua aplicação” (REsp 1755266/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 20/11/2018).

Ao reconhecer o vício *ultra petita* o Magistrado limita-se a aplicar a lei (art. 141 do CPC) ao caso *sub iudice*, o que não impõe prévia manifestação das partes.

Nesse sentido, colhe-se do voto da Ministra Maria Isabel Galloti no AINTARESP nº 1.339.385 (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1339385 2018.02.01227-3, MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:12/04/2019) que não há ofensa ao princípio da não surpresa (art. 10 do CPC) quando o tribunal, de ofício, declara a nulidade do capítulo da sentença que exorbita os limites da lide, pois “a aplicação do princípio da não surpresa não impõe ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa”, sendo que “o conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*”.

No que tange ao critério de carga horária, insurgiu-se a impetrante em relação à tipologia “Outras Dependências” prevista no item 2.2 do Termo de Referência, aduzindo divergência como item 2.2.1.

Referida divergência existe porque na tabela do item 2.2 a carga horária mínima fica “a critério da CONTRATADA”, ao passo que o item 2.2.1 estabelece que “o proponente deverá dimensionar apenas postos de trabalho com cargas horárias de 30 horas”. Ao contrário do que defende a apelante, não está claro que “a critério da contratada” que dizer que “a contratada pode escolher a carga horária, de acordo com os critérios estabelecidos em Edital, critérios estes, descritos no item 2.2.1”. Além disso, a verificação do tipo de cada dependência nos três lotes não tem aptidão para sanar a incongruência, pois o edital contemplou a tipologia “Outras Dependências”.

Vale registrar que o fato de ser a impetrante/apelada detentora de um dos contratos a ser substituído não afasta o dever de clareza que tem o apelante ao elaborar o edital de licitação. O edital deve ser claro para que não suscite dúvidas durante a licitação e execução do contrato.

Portanto, o edital é nulo (i) por falta de estipulação de critério de atualização monetária, compensações financeiras e penalizações aplicáveis na hipótese de atraso no pagamento das obrigações mensais da contratante; (ii) por falta de clareza no que diz respeito à forma de cálculo do valor da mão de obra para cotação das propostas; e (iii) por divergência quanto ao dimensionamento da jornada de trabalho das “Outras Dependências”.

Inexiste vício no que tange aos itens “despesas gerais” (item “b” da Minuta de Carta Proposta), já que a r. sentença foi anulada/reformada no que tange aos uniformes.

Por fim, é sem nenhum cabimento a imposição de nova publicação do edital.

O certame envolve a prestação de serviços essenciais à atividade bancária, isso por se tratar da atividade de **limpeza** de agências.

É correta a assertiva da apelante no sentido de que, em tese, “a determinação de publicação de novo edital fere o princípio da conveniência/discrecionalidade de licitar da Administração Pública”. Na medida em que o Judiciário fulminou o edital do certame questionado, é de discutível validação a ordem de publicar um novo instrumento editalício, pois manter o certame para idêntico objeto será decisão do apelante.

Assiste plena razão à apelante quando argumenta que, à vista da pandemia de covid-19, “...é possível que o Banco do Brasil tenha que apresentar outros Editais de licitação, com cláusulas diversas, para o serviço de limpeza; contudo, nos termos como a sentença foi proferida, o Banco do Brasil deverá “proceder a publicação de novo instrumento editalício, reabrindo prazo para a entrega das propostas pelos candidatos”...”.

Aliás, recentemente foi sancionada legislação sanitária dispondo sobre múltiplas medidas a serem tomadas para proteção da população em lugares públicos – Lei nº 14.019/2020 – o que será de observância obrigatória (art. 504 CPC) e poderá conflitar com o objeto contratual cuja licitação foi objeto da sentença.

Portanto, a r. sentença também não pode subsistir, no ponto.

Ante o exposto, **rejeito a matéria preliminar e dou parcial provimento à apelação e ao reexame necessário.**

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO ELETRÔNICA REALIZADA PELO BANCO DO BRASIL S/A PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE LIMPEZA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA: INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 333 DO STJ. MOTIVAÇÃO SUCINTA: INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. FALTA DE PREVISÃO EDITALÍCIA DE CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA, DE COMPENSAÇÃO FINANCEIRA E DE PENALIDADES POR ATRASO NO PAGAMENTO DAS FATURAS: INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. FALTA DE CLAREZA QUANTO À FORMA DE CÁLCULO DA MÃO DE OBRA PARA COTAÇÃO DAS PROPOSTAS. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA NO QUE TANGE AO QUANTITATIVO DE UNIFORMES. SENTENÇA *ULTRA PETITA* NA PARTE EM QUE DETERMINOU O ESCLARECIMENTO DO EDITAL QUANTO À RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO DE UNIFORMES. RECONHECIMENTO DA NULIDADE PELO TRIBUNAL: INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. DIVERGÊNCIA QUANTO AO DIMENSIONAMENTO DA JORNADA DE TRABALHO DAS “OUTRAS DEPENDÊNCIAS. DETERMINAÇÃO DE PUBLICAÇÃO DE NOVO EDITAL: IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONVENIÊNCIA/DISCRICIONARIEDADE DE LICITAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Está estampada na Súmula nº 333 do Superior Tribunal de Justiça a adequação da via eleita, *in verbis*: “cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública”. Ou seja, os atos praticados em processo licitatório são atos de autoridade e não meros atos de gestão.

2. Restou expressamente consignado na sentença que a necessidade de retificação do edital decorre da possibilidade de interpretações ambíguas e da necessidade de se permitir aos interessados o adequado dimensionamento dos custos de suas propostas. Não se pode confundir a falta de fundamentação com a motivação sucinta (REsp 763.983/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 288), que é o caso dos autos.

3. **Legalmente existe previsão de reajuste financeiro com periodicidade anual (Lei nº 10.192, de 2001, arts. 2º e 3º - art. 28 da Lei nº 9.069, de 29.06.1995); ou seja, desde o Plano Real está vedada a correção monetária por índice de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos, que sejam utilizados com periodicidade inferior a um ano. Essa é a orientação já feita pelo TCU (Acórdão 1828/2008), inclusive considerando como marco temporal para fins de repactuação a data em que surtiu o desequilíbrio da equação econômica financeira do contrato, e observada a anualidade exigida pela legislação instituidora do Plano Real. Ou seja: o TCU não dispensa a periodicidade anual (Acórdãos TCU 1.563/2004-Plenário, 1.941/2006-Plenário). É certo que posições do TCU podem ser contrastadas pelo Judiciário, mas, no caso, a posição do TCU está lastreada em leis (Lei nº 10.192, de 2001, arts. 2º e 3º - art. 28 da Lei nº 9.069, de 29.06.1995) e no Decreto Federal nº 9.507 de 21.9.2018, arts. 12 e 13, sendo certo que foi acolhida na Orientação Normativa nº 26/2011, da Advocacia Geral da União/AGU. Portanto, a falta de previsão de critérios de correção monetária e de compensação financeira por atraso no pagamento das faturas não implica em nulidade do edital.**

4. No que diz respeito à divergência de valores dos salários decorrente da forma de cotação estabelecida pela planilha de preços, o Banco contratante deve oferecer a planilha de forma adequada, a fim de que não ocorra erro de cálculos para a oferta das propostas, já que os itens 6.9.1 do Edital e 2.2 de seu Anexo I, bem como a complexidade das informações sobre a forma correta de cálculo constante das razões de apelação e das informações prestadas revelam que a forma de cálculo merece esclarecimentos a serem feitos no edital.

5. Em relação fornecimento de uniformes, analisando os termos do edital não se verificam divergências quanto ao quantitativo, sendo o item 2.7 do Termo de Referência muito claro quanto aos itens que compõem “um uniforme”, que deve ser substituído a cada seis meses. Portanto, o item “b” – Despesas Gerais – da Minuta de Carta Proposta, ao indicar “mínimo de dois uniformes por ano/funcionário” claramente se refere ao conjunto completo previsto no item 2.7 do Termo de Referência.

6. A responsabilidade pelo fornecimento dos uniformes não foi questionada na petição inicial. Aliás, na inicial, a impetrante assume que se trata de “custo direto da empresa”. Portanto, a r. sentença é *ultra petita* ao determinar o esclarecimento do edital, no ponto.

7. O reconhecimento do vício *ultra petita*, de ofício, não implica em violação ao art. 10 do CPC. Sim, pois não há decisão surpresa quando o magistrado reconhece que a sentença concedeu ao autor algo que não foi pedido em sua petição inicial porque ninguém melhor que o autor conhece os limites de seu pedido. Ao reconhecer o vício *ultra petita* o Magistrado limita-se a aplicar a lei (art. 141 do CPC) ao caso *sub judice*, o que não impõe prévia manifestação das partes. Nesse sentido, colhe-se do voto da Ministra Maria Isabel Galloti no AINTARESP nº 1.339.385 (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1339385 2018.02.01227-3, MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:12/04/2019) que não há ofensa ao princípio da não surpresa (art. 10 do CPC) quando o tribunal, de ofício, declara a nulidade do capítulo da sentença que exorbita os limites da lide, pois “a aplicação do princípio da não surpresa não impõe ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa”, sendo que “o conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*”.

8. Existe divergência quanto ao critério carga horária para a tipologia “Outras Dependências” porque na tabela do item 2.2 do termo de Referência a carga horária mínima fica “a critério da CONTRATADA”, ao passo que o item 2.2.1 estabelece que “o proponente deverá dimensionar apenas postos de trabalho com cargas horárias de 30 horas”. Ao contrário do que defende a apelante, não está claro que “a critério da contratada” que dizer que “a contratada pode escolher a carga horária, de acordo com os critérios estabelecidos em Edital, critérios estes, descritos no item 2.2.1”. Além disso, a verificação do tipo de cada dependência nos três lotes não tem aptidão para sanar a incongruência, pois o edital contemplou a tipologia “Outras Dependências”.

9. A determinação de nova publicação do edital não pode subsistir, pois fere o princípio da conveniência/discrecionalidade de licitar da Administração Pública. Ademais, o certame envolve a prestação de serviços essenciais à atividade bancária, isso por se tratar da atividade de **limpeza** de agências e assiste razão à apelante quando argumenta que, à vista da pandemia de Covid-19 “...é possível que o Banco do Brasil tenha que apresentar outros Editais de licitação, com cláusulas diversas, para o serviço de limpeza”. Aliás, recentemente foi sancionada legislação sanitária dispondo sobre múltiplas medidas a serem tomadas para proteção da população em lugares públicos – Lei nº 14.019/2020 – o que será de observância obrigatória (art. 504 CPC) e poderá conflitar com o objeto contratual cuja licitação foi objeto da sentença.

10. Apelação e reexame necessário parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023307-43.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: LEIRA ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO DA SILVA ARAUJO CABRAL - SP276613-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LEIRA ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA. - ME contra decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade que apresentou – objetivando a nulidade dos títulos que embasam a execução, o reconhecimento do excesso dos juros impostos e do caráter confiscatório da multa aplicada - por entender que não há irregularidade na CDA, além do que ausente matéria de ordem pública que justifique a interposição de exceção de pré-executividade.

Sustenta a agravante, em síntese, o cabimento da exceção de pré-executividade. Aduz que não pode a Fazenda Nacional omitir requisitos que são indispensáveis à Certidão de Dívida Ativa, sem qualquer embasamento legal, considerando ainda o disposto no artigo 783 do Código de Processo Civil, devendo ser considerada nulo o título que não preencher tais requisitos, tendo em vista o disposto no artigo 803 do mesmo Código. Afirma que nas CDA's que consubstanciam a execução fiscal excepcionada, não há indicação da forma de calcular os juros de mora, conforme determina o artigo 2º, § 5º, II da Lei 6.830/80, além do que as referidas CDA's não preenchem os requisitos determinados no artigo 202 do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, a ilegalidade da cobrança cumulativa de juros e multa moratória, bem como do caráter confiscatório da multa. Requer “*que seja recebido e julgado totalmente procedente o presente recurso de Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo Ativo, para que a decisão proferida pelo D. Juízo “a quo” seja modificada e totalmente reformada.*”

Em contrarrazões, a União Federal (Fazenda Nacional) requer “*seja acolhida a presente resposta para negar provimento ao Agravo Instrumento interposto.*” (ID 139945645)

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015.

A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de se discutir, em sede de exceção de pré-executividade, acerca da nulidade da Certidão de Dívida Ativa ante a ausência de seus requisitos, excesso dos juros impostos e caráter confiscatório da multa aplicada.

Com efeito, a Egrégia Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.110.925/SP, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, fixou o entendimento segundo o qual, a exceção de pré-executividade somente é cabível quando a matéria invocada for suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e seja desnecessária a dilação probatória, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC."

(STJ, REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009)

No mesmo sentido, a incidência da Súmula 393 do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Como via especial e restrita que é, a exceção de pré-executividade só pode ser admitida quando as questões trazidas ou são de ordem pública ou dizem respeito ao título propriamente dito; vale dizer, quando dizem respeito a matérias que são cognoscíveis inclusive de ofício pelo juiz e bem como outras relativas a pressupostos específicos da execução. E, mais, que não demandem dilação probatória.

Consoante o artigo 204 do CTN, a dívida ativa regularmente inscrita na repartição competente goza da presunção de certeza e liquidez, e tem o efeito de prova pré-constituída, sendo necessário, para ilidi-la, prova em contrário, concretamente demonstrável, o que não ocorreu *in casu*.

Com efeito, averiguar acerca da nulidade da CDA em razão de vício formal em sua constituição (liquidez, incerteza e inexigibilidade do crédito tributário ou vícios na formação do processo administrativo de constituição do crédito tributário), demanda necessária dilação probatória, inviável na via estreita da exceção de pré-executividade.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANULAÇÃO DE CDA PELA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

1. Provendo Agravo de Instrumento, o Tribunal de origem acolheu Exceção de Pré-Executividade, sob o fundamento de que a executada, na época dos fatos geradores, tinha sua sede no "Município de Santana de Parnaíba, conforme contrato de locação celebrado em 01.07.1999 (fls. 94/101) e rescindido em 06.01.2012 (fls. 103), alterando sua sede para [...] São Paulo somente em 15.04.2011" (contrato de locação de fls. 104/110).

2. A técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC/2015, por força do seu § 3º, II, também se aplica no julgamento não unânime de "agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito". No caso dos autos, a decisão de primeira instância rejeitou a exceção de pré-executividade "por não haver qualquer nulidade na CDA" e também porque "a ocorrência de fato gerador; notificação do lançamento e outras alegações necessitam de ampliação da fase instrutória, que poderão ser analisadas em sede de embargos à execução" (fl. 40, e-STJ). A decisão invalidada, portanto, não versou sobre o mérito, tendo-se limitado a declarar a inadequação da via eleita. Inaplicabilidade da técnica de julgamento.

3. O Tribunal de origem declarou a "nulidade da CDA" (fl. 43, e-STJ), desmontando a sua presunção de legitimidade a partir de contratos de locação trazidos pela executada. Contra esse entendimento, o prolator do voto vencido declarou a inadmissibilidade da Exceção de Pré-Executividade, "por envolver a controvérsia a ocorrência de simulação da prestação de serviços por estabelecimentos situados em outro Município e a falta de emissão de documentos fiscais previstos em regulamento" (fls. 130-131, e-STJ).

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.

(REsp 1847958/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 12/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. SÚMULA 7/STJ DO STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.110.925/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC, proclamou o entendimento de que é cabível a Exceção de Pré-Executividade para discutir questões de ordem pública, na Execução Fiscal, ou seja, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória (REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 4/5/2009).

2. Tal entendimento, por sua vez, foi posteriormente consolidado com a edição da Súmula 343 do STJ, segundo a qual "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

3. O acórdão recorrido, ao entender que "o argumento de que existe diferença entre o valor do débito descrito na Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária e o valor principal descrito na certidão de dívida ativa não é matéria cognoscível pela via da exceção de pré-executividade ante à necessária análise de matéria probatória", considerou os pressupostos fáticos e probatórios que emergem do caso concreto, razão pela qual se aplica o óbice da Súmula 7/STJ para a solução do recurso. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no AREsp 358.750/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 12/4/2018; AgRg no REsp 1.340.985/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 22/11/2013.

4. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial.

(AREsp 1269065/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE SOMENTE É CABÍVEL QUANDO AS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS FORAM DEMONSTRADAS À SACIEDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO: RESP 1.104.900/ES, REL. MIN. DENISE ARRUDA, DJE 10.4.2009. SÚMULA 393/STJ. OBJEÇÃO INDEFERIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ANTE A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp. 1.104.900/ES, Rel. Min. DENISE ARRUDA (DJe 10.4.2009), sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, consagrou entendimento de que Exceção de Pré-Executividade somente é cabível nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo Magistrado. Incidência da Súmula 393/STJ.

2. A reforma do entendimento exarado pelo Tribunal de origem, no tocante à necessidade de dilação probatória para o conhecimento da Exceção de Pré-Executividade em que se pretende o reconhecimento da nulidade da CDA, é inviável em Recurso Especial, porquanto, tal como expressamente consignado no acórdão recorrido, o acolhimento do pedido da recorrente somente seria viável mediante investigação probatória.

3. Agravo Interno da Contribuinte desprovido.

(AgInt no AREsp 1050317/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 28/02/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

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

2. No caso concreto, a Corte a quo afirmou que as questões relativas à decadência e à nulidade da CDA demandam dilação probatória. A revisão desse entendimento exige o reexame do acervo fático-probatório considerado pelo Tribunal de origem, o que é inviável pela via do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. O acórdão recorrido não emitiu juízo acerca da suposta violação dos dispositivos legais apontados como violados (arts. 150, § 4º, 202 e 203 do CTN; 2º, § 5º, I, da Lei 6.830/1980; e 3º da Lei 9.718/1998), de forma que é inarredável a incidência da Súmula 211/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no AREsp 828.038/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 29/05/2017)

No mesmo sentido já se pronunciou esta Egrégia Corte, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. O cabimento da exceção de pré-executividade em execução fiscal é questão pacífica consolidada na Súmula 393 do STJ.

2. A exceção de pré-executividade constitui-se em meio excepcional de impugnação que somente tem cabimento para conhecimento de matérias que possam ser conhecidas ex officio pelo magistrado e que dispensam dilação probatória.

3. O cabimento de tal espécie de impugnação somente se mostra possível quando houver, simultaneamente, os dois requisitos: 1) matéria cognoscível de ofício; e 2) desnecessidade de dilação probatória. Na ausência de qualquer um deles, inviável o seu conhecimento. Precedente do C. STJ apreciado sob o rito dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC de 1973): REsp nº 1.110.925/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 22/4/ 2009, DJe 04/05/2009.

4. Na espécie, não se trata de matéria cognoscível de ofício, nem tampouco que dispensa dilação probatória.

5. Não se trata de situação excepcional a permitir o acolhimento da defesa, a não ser pelas vias próprias, quais sejam, os embargos à execução, pois é evidente a necessidade de instrução probatória para que, eventualmente, seja reconhecida a ilegitimidade passiva da agravante.

6. Tal situação, *prima facie*, afasta a relevância da fundamentação suscitada pela parte recorrente em sua irresignação, sem embargo de que as questões expendidas por meio da exceção de pré-executividade possam ser levadas a Juízo por meio dos embargos à execução, sede própria para a produção de provas em contraditório.

7. O título executivo se reveste de presunção de liquidez e certeza, que somente pode ser ilidida por prova inequívoca, nos termos do art. 3º da Lei n. 6.830/80 e pelas vias próprias, quais sejam, os embargos à execução. Precedentes Jurisprudenciais.

8. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024607-06.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 03/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/03/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. VALIDADE DA CDA. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE. JUNTADA AOS AUTOS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Encontram-se presentes todos os requisitos necessários à validade, nos termos do §5º do artigo 2º da Lei 6.830/80.

2. Não invalida o título executivo o fato de a natureza da dívida e a forma do cálculo dos juros e outros acréscimos virem indicados mediante menção à legislação aplicável. Destarte, a certidão de dívida ativa preenche os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade.

3. Frise-se que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade e veracidade, não havendo nos autos nenhuma demonstração de nulidade do processo administrativo, de modo que meras alegações não são suficientes a abalar o título executivo.

4. Ademais, a certidão de dívida ativa veicula pretensão à cobrança de débitos referentes unicamente à COFINS, multas, descabendo falar-se em irregularidade de cumulação de cobrança, num mesmo instrumento, de créditos de natureza tributária e não tributária.

5. Por fim, quanto às demais alegações, saliento que a exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara. No caso, a questão suscitada não está devidamente provada.

6. Agravo desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023071-57.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 23/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/01/2020)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. REQUISITOS DA CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ NÃO ILIDIDA PELO CONTRIBUINTE. PRINCÍPIO PAS DE NULITTÉ SANS GRIEF. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. DEFESA EFETIVA E EFICAZ. RECURSO DESPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, meio de defesa criado pela doutrina e aceito pela jurisprudência, deve limitar-se à discussão da nulidade formal do título, baseada em alegação passível de apreciação mesmo de ofício e desde que ausente a necessidade de instrução probatória.

2. Nesse sentido, desde que atendidos os pressupostos mencionados, entendo, na linha de firme jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal Regional Federal, que alegação de nulidade do título é passível de ser apreciada em referida via incidental.

3. Compulsando os autos, não vislumbro plausibilidade jurídica nas alegações do agravante no sentido de considerar nulas as CDAs por ausência de requisitos essenciais, tampouco verifico prejuízo no exercício de defesa do contribuinte executado.

4. A inscrição em dívida ativa deve conter os requisitos dispostos nos artigos 202 do Código Tributário Nacional, e 2º, § 5º, da Lei n. 6.830/80, dentre estes a indicação da natureza do débito, sua fundamentação legal e a forma de cálculo dos juros e da correção monetária.

5. No caso concreto, as certidões de dívida ativa que embasam a execução fiscal subjacente preenchem todos os requisitos legais, permitindo a verificação do valor original da dívida, da sua natureza jurídica, do seu termo inicial, assim como da legislação aplicável ao caso e dos encargos incidentes sobre o débito. Portanto, regularmente inscritas, as CDAs gozam de presunção de certeza e liquidez, conforme preceitua o artigo 204 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 3º da Lei n. 6.830/80.

6. Segundo disposição legal, o ônus da prova é atribuído a quem alega ou aproveita, sendo que a argumentação genérica de nulidade é insuficiente para desconstituir o título executivo, pois, como visto, cabe à parte executada desfazer a presunção que recai sobre a CDA, e, no caso concreto, ela não alcançou tal êxito.

7. No tocante à nulidade, no Direito Brasileiro vigora o princípio “pas de nulitté sans grief”, devendo-se reconhecer a nulidade do ato processual apenas quando houver efetivo prejuízo à parte interessada, o que não se verificou no caso concreto.

8. Cumpre ao contribuinte, sujeito que efetivamente possui as informações necessárias, demonstrar a existência e quantificar os valores pagos a título de ICMS, permitindo à União proceder ao recálculo, com a devida exclusão do excesso inconstitucional. Contudo, o agravante sequer distinguiu, dentre as cinco CDAs que são objeto da cobrança, quais seriam referentes ao PIS e quais à COFINS, pretendendo valer-se da presente tese para impugnar a execução como um todo, pleiteando, inclusive, a extinção das respectivas inscrições em dívida ativa.

9. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016077-13.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - NULIDADE DO TÍTULO - NÃO COMPROVADA

I – Não comprovado inequivocamente que os títulos exequendos padecem de nulidade, a exceção de pré-executividade é via inadequada para questionar a execução fiscal.

II – A exequibilidade da Certidão de Dívida Ativa somente pode ser ilida media prova inequívoca.

III – A inscrição do crédito público em dívida ativa é ato privativo da autoridade fiscal, que prescinde da participação do contribuinte.

IV - Agravo instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5003961-43.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 09/10/2019, Intimação via sistema DATA: 14/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NULIDADE DA CDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É notório que a parte desprezou o espaço restrito em que é possível abrir-se discussão contra o processo executivo fora do âmbito dos embargos do executado, abusando do direito de litigar; pois indicou matéria que não poderia ser tratada nos limites singelos que a exceção é convinhável, na medida em que arguiu a falta de liquidez e certeza do título, bem como a irregularidade nos critérios utilizados para o cálculo do débito e das penalidades.

2. Atendidos os requisitos dos artigos 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80 a inscrição da dívida ativa gera presunção de liquidez e certeza, que somente poderá ser ilidida por meio prova inequívoca a ser apresentada pelo devedor.

3. Atender-se o pleito da parte agravada nos moldes em que colocado importa em transformar o Poder Judiciário em legislador positivo, ampliando indevidamente o âmbito de uma providência que não passa de uma criação jurisprudencial, visto que a exceção de pré-executividade não é prevista em lei.

4. Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5000979-85.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 19/07/2019, Intimação via sistema DATA: 26/07/2019)

In casu, a Certidão de Dívida Ativa foi regularmente inscrita, apresentando os requisitos obrigatórios previstos no art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80 e no art. 202 do Código Tributário Nacional.

De fato, a análise das alegações da agravante implica necessariamente dilação probatória e submissão ao contraditório, o que inviabiliza seu conhecimento na via estreita da exceção de pré-executividade.

Como bem assinalado na r. decisão agravada, *in verbis*:

"(...) De prêmio, anoto que da certidão da dívida ativa constam os requisitos do artigo 2º, parágrafo 5º da Lei nº 6.830/80. O nome do devedor e o valor originário da dívida estão, pois, nesse documento. Ainda, nesse documento facilmente se verifica a origem, a natureza e o fundamento legal. De outro lado, ainda que houvesse da certidão omissão sobre a base de cálculo, não houve óbice para que a executada arguisse tantas irregularidades e erros da referida certidão, em nada prejudicando seu direito: "Sendo a omissão de dado que não prejudicou a defesa do executado, regularmente exercida, com ampla segurança, valida-se a certidão para que se exercite o exame de mérito"; "Tributário. Certidão de inscrição em dívida ativa. (...) Omissão. Ausência de prejuízo para a defesa. (...) A falta de indicação do livro e da respectiva folha em que foi inscrito o débito, na certidão de inscrição de débito fiscal em dívida ativa, não invalida a certidão, conforme precedentes jurisprudenciais, pois a falta desta formalidade não implica prejuízo para a defesa. Deve o executado demonstrar a improcedência da execução fiscal, mediante prova robusta de molde a afastar a presunção de liquidez e certeza da dívida inscrita. Apelação provida. Remessa oficial prejudicada". Quanto ao mais, ausente matéria de ordem pública que justifique a interposição de exceção de pré-executividade. Tal modalidade de defesa tem sido admitida, excepcionalmente, pela doutrina e jurisprudência, em casos a envolver matéria de ordem pública, para o que não se exige dilação probatória ou maiores reflexões sobre o questionamento jurídico da matéria. Nesse sentido: É assim que está assente na doutrina e jurisprudência atuais a possibilidade de o devedor usar da exceção de pré-executividade, independentemente de penhora ou depósito da coisa e sem sujeição ao procedimento de embargos, sempre que sua defesa se referir a matéria de ordem pública e ligada às condições da ação executiva e seus pressupostos processuais (STF, RE 100.397.9/SP 1ª T., Rel. Min. Oscar Corrêa, in JSTJ/Lex 90/69; STJ, REsp 13.960/SP - Rel. Min. Waldemar Zveiter ac. 26.11.91, in RSTJ 40/447; STJ, REsp 3.264/PR, 3ª T. - Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 28.06.90, in RT 671/187). "AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução Fiscal. ICMS. Exceção de Pré-Executividade. Cabimento apenas quando aventadas questões de ordem pública, ligadas à incolumidade da execução, condições da ação, e pressupostos processuais perceptíveis de imediato, e a nulidade e inexistência do título executivo, deficiências pertinentes à sua certeza, liquidez e exigibilidade, sem a garantia do juízo. Complexidade da matéria do reclamo que não dispensa a análise acurada dos fatos. Alegada, em resumo, ilegitimidade passiva por ausência de sucessão empresarial. Impossibilidade de averiguação nesta via recursal. Matéria objeto de embargos. Aventada nulidade da citação rechaçada, ante a ausência de prejuízo. Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade mantida. Recurso não provido." (AI nº 0107842-88.2013.8.26.0000. Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu. Julg. 03/07/2013). Não sendo este o caso dos autos, fracassa a resistência veiculada pela excipiente. POSTO ISSO e pelo mais que dos autos consta, REJEITO a presente exceção."

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Observadas as formalidades legais, oportunamente, baixemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

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

AGRAVANTE: HOSPITAL PRONTOCOR DE BAURU LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO LOPES GARMS - SP159092-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021255-06.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: HOSPITAL PRONTOCOR DE BAURU LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO LOPES GARMS - SP159092

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 120/122 dos autos físicos (aqui ID 138107122, págs. 1/5) que **indeferiu o ingresso do advogado Heraldo Garcia Vitta na ação já em trâmite**, de modo a impedir a possível hipótese de suspeição (artigo 145, inciso I, do Código de Processo Civil).

Consta da minuta que o Magistrado da 2ª Vara Federal de Bauru proferiu decisão para ‘indeferir e excluir’ o substabelecimento de procuração, do advogado Rodrigo Garms ao advogado Heraldo Garcia Vitta, juiz federal aposentado, substabelecimento feito esse com iguais poderes e sem reservas. Disse o juiz que há amizade de longa data entre ele e o advogado substabelecido, Heraldo Garcia Vitta, de modo que haveria ofensa ao princípio do juiz natural por conta da causa superveniente [substabelecimento posterior à propositura da ação], vedada no Código de Processo Civil.

Argumenta o agravante que o caso envolve suspeição – e não impedimento – decorrente de conceito jurídico indeterminado (amizade íntima), situação subjetiva, de modo que a exclusão do advogado substabelecido teria sentido apenas e tão-somente nas hipóteses de demonstração efetiva de (absoluta) má-fé dos patronos, a fim de deslocarem o processo para outro juiz, devido a interesses subalternos, inconfessáveis, o que não é caso.

O pedido formulado no agravo de instrumento é de antecipação de tutela e decisão final para manter os advogados e que o Tribunal tire o magistrado da causa encaminhando o feito ao seu substituto legal.

Em despacho inicial (ID 139553111) foi a parte agravante instada a esclarecer se o seu intuito é tirar o ilustre magistrado “a quo” da presidência do processo – caso em que deveria indicar precisamente e conforme o entendimento claro da agravante, a razão da pretendida *causa de parcialidade* do juiz – ou se deseja apenas que os dois causídicos permaneçam no desempenho do mandato.

Em sua manifestação (ID 140146541) a parte agravante afirma que a pretensão recursal “compreende as duas hipóteses”, porquanto interligadas, uma vez que o magistrado já se declarou suspeito no processo, por amizade com um dos advogados, razão pela qual deve deixar a presidência do processo, mantendo-se ambos os advogados.

Requisitadas informações, o MM. Juízo “a quo” Marcelo Freiberger Zandavali esclareceu que não vislumbrou qualquer expediente que tenha por objetivo específico impedir sua permanência na condição de juiz da causa, mas, “identificada possível causa de suspeição superveniente, há que se vedar o ingresso do advogado, a fim de assegurar o respeito ao juiz natural”, destacando, por fim, que “Situação distinta, por certo, se daria acaso o advogado citado já representasse os interesses de seu cliente, antes do ingresso deste magistrado, na condução do feito” (ID 142130102).

Indeferido o pedido de antecipação de tutela recursal (ID 142810283).

Consta a interposição de **agravo interno** (ID 143371384) onde a parte insiste em que “foi o próprio juiz quem se declarou suspeito para julgar a causa; ao fazer isso, deveria, necessariamente, cumprir a norma legal, isto é, enviar o processo ao juiz substituto”. Argumenta que, em última análise, o juiz está a “escolher o advogado que deve patrocinar a causa”.

Contrarrazões aos agravos (ID 143512238).

ID 143896860: a ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DE SÃO PAULO, requer seu **ingresso como assistente** do recorrente, sob o argumento de que o tema interessa à Advocacia como um todo, transcendendo o mero interesse particular das partes. Aduz que a decisão recorrida deve ser reformada, preservando-se a garantia de livre exercício da Advocacia.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021255-06.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: HOSPITAL PRONTOCOR DE BAURU LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO LOPES GARMS - SP159092

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Defiro o ingresso da OAB- Seção São Paulo como assistente da parte agravante. Anote-se.

As razões apresentadas não se mostram suficientes para a reforma da decisão.

Destaco inicialmente que o agravo de instrumento é cabível na espécie segundo interpretação decorrente da tese firmada pelo STJ no Tema Repetitivo 988 (taxatividade mitigada do rol previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, não sendo razoável postergar a análise da questão para a eventualidade do recurso de apelação).

A decisão recorrida é correta.

No curso da ação de origem houve substabelecimento da procuração *ad judicia* **sem reserva de poderes** a advogado com o qual o juiz mantém “longo vínculo de amizade”, circunstância que poderia gerar suspeição do juiz.

Aplica-se à hipótese, por simétrica razão, o que prevê o artigo 144, § 2º, do Código de Processo Civil: “É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz”.

Neste sentido:

PROCESSO CIVIL. ADVOGADO. RELAÇÃO DE PARENTESCO COM MAGISTRADO INTEGRANTE DE COLEGIADO. PROCURAÇÃO SUPERVENIENTE À DISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS NO TRIBUNAL. DESCABIMENTO. IMPEDIMENTO DO CAUSÍDICO.

Descabe o ingresso do advogado no processo depois que os respectivos autos foram distribuídos para órgão colegiado de que faça parte magistrado com o qual o causídico possui relação de parentesco. Caso contrário, estar-se-ia, em tese, legitimando a criação de impedimento superveniente não aleatório de integrante que, originariamente, já compunha o órgão competente para o julgamento da questão. Inteligência dos arts. 134, parágrafo único, c/c 137, ambos do Código de Processo Civil.

Agravo regimental desprovido.

Ademais, a pretensão confessada pelo agravante em petição anterior revela sua intenção inequívoca de remover o magistrado da presidência dos autos, evento que exige o incidente respectivo e, obviamente, não se resolve no modo "indireto" como se pretende.

Longe de violar prerrogativas funcionais, a decisão agravada zela pela correta condução do processo.

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

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSTABELECIMENTO DE PROCURAÇÃO A ADVOGADO COM O QUAL O JUIZ DA CAUSA MANTÉM "LONGO VÍNCULO DE AMIZADE"; CIRCUNSTÂNCIA QUE PODERIA GERAR SUSPEIÇÃO DO JUIZ. É VEDADA A CRIAÇÃO DE FATO SUPERVENIENTE A FIM DE CARACTERIZAR IMPEDIMENTO DO JUIZ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Consta da minuta que o Magistrado da 2ª Vara Federal de Bauru proferiu decisão para 'indeferir e excluir' o substabelecimento de procuração, do advogado Rodrigo Garms ao advogado Heraldo Garcia Vitta, juiz federal aposentado, substabelecimento feito esse com iguais poderes e sem reservas. Disse o juiz que há amizade de longa data entre ele e o advogado substabelecido, Heraldo Garcia Vitta, de modo que haveria ofensa ao princípio do juiz natural por conta da causa superveniente [substabelecimento posterior à propositura da ação], vedada no Código de Processo Civil.

2. A decisão agravada é correta. No curso da ação de origem houve substabelecimento da procuração *adjudicia* sem reserva de poderes a advogado como o qual o juiz mantém "longo vínculo de amizade", circunstância que poderia gerar suspeição do juiz. Aplica-se à hipótese, por simétrica razão, o que prevê o artigo 144, § 2º, do Código de Processo Civil: "É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz".

3. Ademais, a pretensão confessada pelo agravante em petição anterior revela sua intenção inequívoca de remover o magistrado da presidência dos autos, evento que exige o incidente respectivo e, obviamente, não se resolve no modo "indireto" como se pretende.

4. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5023731-55.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IS LOG & SERVICES LTDA

Advogados do(a) APELADO: TATIANA MIYANO BALDUINO - SP374650-A, LUMY MIYANO MIZUKAWA - SP157952-A, RENATO LUIZ FRANCO DE CAMPOS - SP209784-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: SERVIÇO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SÃO PAULO, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SESI

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MARCIO BRUNO SOUSA ELIAS - DF12533-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MARCIO BRUNO SOUSA ELIAS - DF12533-A

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5023731-55.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IS LOG & SERVICES LTDA

Advogados do(a) APELADO: TATIANA MIYANO BALDUINO - SP374650-A, LUMY MIYANO MIZUKAWA - SP157952-A, RENATO LUIZ FRANCO DE CAMPOS - SP209784-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: SERVICIO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI, SERVICIO SOCIAL DA INDUSTRIA SESI

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MARCIO BRUNO SOUSA ELIAS - DF12533-A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MARCIO BRUNO SOUSA ELIAS - DF12533-A

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta de sentença que concedeu em parte a segurança, para condenar a União a abster-se de voltar a cobrar e a restituir os valores indevidamente pagos em relação às contribuições ao INCRA, SEBRAE e salário educação, respeitado o prazo prescricional quinquenal. Apelo da União. Recurso respondido. O MPF opinou pelo prosseguimento.

A decisão monocrática proferida por este Relator **deu provimento** à apelação e ao reexame necessário, tido como ocorrido.

Neste agravo interno a impetrante IS LOG & SERVICES LTDA., objetiva a reforma da decisão para reconhecer a inconstitucionalidade das contribuições destinadas ao INCRA, SEBRAE e Salário Educação, bem como o direito creditório sobre os valores indevidamente recolhidos a tal título nos últimos 05 (cinco) anos e durante o trâmite desta ação, devidamente corrigidos e atualizados pela Taxa SELIC e, conseqüentemente, sendo assegurado e reconhecido também o direito da Agravante de reaver tais valores, inclusive, mediante compensação com os demais tributos administrados pela RFB. Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5023731-55.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IS LOG & SERVICES LTDA

Advogados do(a) APELADO: TATIANA MIYANO BALDUINO - SP374650-A, LUMY MIYANO MIZUKAWA - SP157952-A, RENATO LUIZ FRANCO DE CAMPOS - SP209784-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: SERVIÇO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SÃO PAULO, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SESI
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MARCIO BRUNO SOUSA ELIAS - DF12533-A
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MARCIO BRUNO SOUSA ELIAS - DF12533-A

VOTO

O Desembargador Federal Johnson de Salvo, Relator:

Cuida-se de recurso de agravo interno interposto pela impetrante contra decisão monocrática deste Relator, que deu provimento à apelação e ao reexame necessário, tido como ocorrido

Os argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

1. Não há inconstitucionalidade na cobrança das contribuições ao SEBRAE, FNDE e ao INCRA.

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, na receita bruta, no valor da operação, ou no valor aduaneiro em caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas exemplificativo, não existe o sentido restritivo alegado pela impetrante.

Quanto a esse entendimento, confira-se: TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5005812-53.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 09/03/2020, Intimação via sistema DATA: 17/03/2020). Nesse mesmo sentido: TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5008840-29.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 09/03/2020, Intimação via sistema DATA: 17/03/2020 - 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001320-31.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000866-78.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 23/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/05/2019 - 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000171-90.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 25/10/2018, Intimação via sistema DATA: 12/12/2018

Bem por isso, como foi dito alhures com a precisão no r. parecer ministerial firmado pela culta Procuradora Regional da República drª Marcela Moraes Peixoto e que este Relator sempre replica em homenagem a S. Exª, “...está pacificado perante os Tribunais Regionais Federais o entendimento de que as contribuições destinadas ao SEBRAE e INCRA, inclusive após o advento da EC 33/2001, são exigíveis. A nova redação do artigo 149, §2º, da CF/88 prevê, tão somente, alternativas de bases de cálculo para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sem o propósito de estabelecer proibição de que sejam adotadas outras bases de cálculo. A nova redação constitucional trazida pelo inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, incluído pela EC nº 33/01, não tem o condão de retirar a validade da contribuição social ou de intervenção do domínio econômico incidente sobre a base de cálculo “folha de salários”.

A **Tese 495** (repercussão geral: *referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001*) aguarda julgamento sem que haja ordem de suspensão dos processos, razão pela qual descabe ordenar a suspensão deste feito.

De início impende destacar que a contribuição INCRA enquadra-se na espécie ‘contribuição de intervenção no domínio econômico’ prevista no art. 149 da Constituição Federal; tem suporte na defesa dos princípios que regulam a ordem econômica (art. 170 da CF) - como a função social da propriedade – de sorte que o INCRA, exercendo função ligada à reforma agrária, busca promover justiça social, progresso e bem-estar do trabalhador rural, atuando no campo da intervenção no domínio econômico.

No STJ acha-se pacificado que a contribuição INCRA permanece hígida, não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91 (REsp nº 977.058/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22/10/2008, em processo representativo da controvérsia). A propósito, é nesse sentido a edição da Súmula nº 516 do C. STJ, aprovada em 25.02.2015.

Com relação a **referibilidade**, tem-se que o pretense requisito não é exigido nas contribuições de intervenção no domínio econômico, que têm como fundamento finalístico e não arrecadatório, o qual se consubstancia na promoção do equilíbrio econômico, reduzindo as desigualdades sociais. Por isso que não é possível que a contribuição de intervenção seja cobrada apenas do setor envolvido, mas sim de toda a sociedade que é beneficiada pela construção de uma sociedade mais igualitária. Nesse sentido: RE 635682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-ogS DIVULG 23 05-2013 PUBLIC 24-05-2013.

Em razão disso **não é exigida uma relação direta** entre o segmento econômico tributado e o beneficiado.

Recentemente a constitucionalidade dessa contribuição foi destacada no **RE 886.789/ED**, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 18-09-2018 PUBLIC 19-09-2018.

Ainda de acordo com o artigo 149 da Constituição já multicitado, as contribuições que integram o denominado Sistema S, bem como aquela destinada ao INCRA, 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 (TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000035-53.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 27/11/2019, Intimação via sistema DATA: 02/12/2019).

Quanto ao SEBRAE é descabida a pretensão da parte, na medida em que o **Tema 325 (RE 603.624**, rel. Mirª Rosa Weber, rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes) foi decidido pelo STF em 23/9/2020 em desfavor dos contribuintes, tendo a maioria do plenário da Corte Suprema afirmado a recepção da Lei nº 8.029/90 pela Emenda Constitucional nº 33/2001, de tal modo que é plenamente válida e constitucional a exigência de contribuições para o SEBRAE. Texto da tese: “As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001” (*verbis*).

Fim de discussão.

A propósito, a contribuição ao SEBRAE já fora declarada **constitucional** pelo Supremo Tribunal Federal quando já estava em vigor referida Emenda (STF, RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004) e, mais recentemente, no RE 595670 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2014 PUBLIC 20-06-2014.

Importa sempre considerar que o **STF proclamou a constitucionalidade das contribuições ao sistema “S” como um todo**, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 33 (AI 610247 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 15-08-2013 PUBLIC 16-08-2013 -- RE 635682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno**.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO CUSTEIO DO FNDE, SEBRAE E INCRA. RECURSO IMPROVIDO.

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, na receita bruta, no valor da operação, ou no valor aduaneiro em caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas exemplificativo, não existe o sentido restritivo alegado pela impetrante.

A **Tese 495** (repercussão geral: *referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001*) aguarda julgamento sem que haja ordem de suspensão dos processos, razão pela qual descabe ordenar a suspensão deste feito.

De início impende destacar que a contribuição INCRA enquadra-se na espécie ‘contribuição de intervenção no domínio econômico’ prevista no art. 149 da Constituição Federal; tem suporte na defesa dos princípios que regulam a ordem econômica (art. 170 da CF) - como a função social da propriedade - de sorte que o INCRA, exercendo função ligada à reforma agrária, busca promover justiça social, progresso e bem-estar do trabalhador rural, atuando no campo da intervenção no domínio econômico.

No STJ acha-se pacificado que a contribuição INCRA permanece hígida, não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91 (REsp nº 977.058/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22/10/2008, em processo representativo da controvérsia). A propósito, é nesse sentido a edição da Súmula nº 516 do C. STJ, aprovada em 25.02.2015.

Com relação a **referibilidade**, tem-se que o pretenso requisito não é exigido nas contribuições de intervenção no domínio econômico, que têm como fundamento finalístico e não arrecadatório, o qual se consubstancia na promoção do equilíbrio econômico, reduzindo as desigualdades sociais. Por isso que não é possível que a contribuição de intervenção seja cobrada apenas do setor envolvido, mas sim de toda a sociedade que é beneficiada pela construção de uma sociedade mais igualitária. Nesse sentido: RE 635682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-ogS DIVULG 23 05-2013 PUBLIC 24-05-2013.

Em razão disso **não é exigida uma relação direta** entre o segmento econômico tributado e o beneficiado.

Recentemente a constitucionalidade dessa contribuição foi destacada no **RE 886.789/ED**, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 18-09-2018 PUBLIC 19-09-2018.

Ainda de acordo com o artigo 149 da Constituição já multicitado, as contribuições que integram o denominado Sistema S, bem como aquela destinada ao INCRA, 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 (TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000035-53.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 27/11/2019, Intimação via sistema DATA: 02/12/2019).

Quanto ao SEBRAE é descabida a pretensão da parte, na medida em que o **Tema 325 (RE 603.624**, rel. Min.ª Rosa Weber, rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes) foi decidido pelo STF em 23/9/2020 em desfavor dos contribuintes, tendo a maioria do plenário da Corte Suprema afirmado a recepção da Lei nº 8.029/90 pela Emenda Constitucional nº 33/2001, de tal modo que é plenamente válida e constitucional a exigência de contribuições para o SEBRAE. Texto da tese: “As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001” (*verbis*). Fim de discussão.

A propósito, a contribuição ao SEBRAE já fora declarada **constitucional** pelo Supremo Tribunal Federal quando já estava em vigor referida Emenda (STF, RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004) e, mais recentemente, no RE 595670 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2014 PUBLIC 20-06-2014.

Importa sempre considerar que o **STF proclamou a constitucionalidade das contribuições ao sistema “S” como um todo**, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 33 (AI 610247 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 15-08-2013 PUBLIC 16-08-2013 -- RE 635682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013).

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000165-45.2020.4.03.6109

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

APELANTE: TRANSAC TRANSPORTE RODOVIARIO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA CRISTINA DE OLIVEIRA - SP276648-A, MARCIA DE FREITAS CASTRO - SP118076-A, CECILIA BRANDILEONE BROWN GOMES - SP222476-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000165-45.2020.4.03.6109

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

APELANTE: TRANSAC TRANSPORTE RODOVIARIO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA CRISTINA DE OLIVEIRA - SP276648-A, MARCIA DE FREITAS CASTRO - SP118076-A, CECILIA BRANDILEONE BROWN GOMES - SP222476-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno (ID 143781836) interposto por TRANSAC TRANSPORTE RODOVIARIO LTDA contra decisão monocrática deste Relator que negou provimento ao seu apelo e manteve sentença denegatória da segurança pleiteada (exclusão do PIS/COFINS incidente sobre suas próprias bases de cálculo, comestio na tese fixada STF pelo STF no RE 574.706/PR) – ID 141453041.

O recurso foi respondido (ID 146437705).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000165-45.2020.4.03.6109

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

APELANTE: TRANSAC TRANSPORTE RODOVIARIO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA CRISTINA DE OLIVEIRA - SP276648-A, MARCIA DE FREITAS CASTRO - SP118076-A, CECILIA BRANDILEONE BROWN GOMES - SP222476-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

O Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede de apelação, que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

Ao julgar o **RE nº 574.706** e fixar a tese de que o ICMS não é componente do faturamento/receita empresarial para fins de incidência do PIS/COFINS, o STF deixou claro que todo o imposto estadual faturado deve ser excluído do conceito de faturamento/receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirª. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICMS 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 (REsp 1008256 / GO / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. OG FERNANDES / DJe 15/08/2017, AgInt no REsp 1434905 / PI / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. OG FERNANDES / DJe 14/10/2016, AgRg no REsp 1.421.880/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015 e REsp 1131476 / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / DJe 01.02.2010).

Nesse sentido e consoante entendimento firmado pelo STF, age o empresário como mero depositário dos impostos devidos, motivo pelo qual esses valores não integram seu faturamento/receita.

Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exaurem na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas -, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contínuo repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daquelas contribuições não se submetem ao art. 166 do CTN (REsp 1689919 / SP / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. HERMAN BENJAMIN / DJe 16/10/2017, AgInt no REsp 1275888 / RS / STJ PRIMEIRA TURMA / MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO / DJe 26/06/2017), 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 (REsp 1071856 / STJ PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. HUMBERTO MARTINS / DJe 04/09/2009).

Feita a diferenciação, não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo, até porque o tema envolve créditos públicos, que não cabe ao Judiciário dispensar inopinadamente. Ainda que assim não fosse, é de se relembrar que a decisão proferida pelo STF no RE nº 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário (RE 582.461/SP / STF - PLENO / MIN. GILMAR MENDES / 18.05.2011, e REsp. 976.836/RS / STJ PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / 25.8.2010).

É o entendimento pacífico da C. Sexta Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – CONTRIBUIÇÕES AO PIS E COFINS – INCIDÊNCIA NA PRÓPRIA BASE – RE 574.706 – HIPÓTESE DISTINTA. 1. A declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos tributos da cadeia produtiva. 2. O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de imposto na base de cálculo das contribuições. A hipótese dos autos é diversa, porque se questiona a incidência das contribuições sobre contribuição social. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5025182-48.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 01/03/2019, Intimação via sistema DATA: 11/03/2019)

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – CONTRIBUIÇÕES AO PIS E COFINS – INCIDÊNCIA NA PRÓPRIA BASE – RE 574.706 – HIPÓTESE DISTINTA. 1. Não há que se falar em perigo na demora: a agravante se sujeita ao recolhimento impugnado há anos. 2. A declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos tributos da cadeia produtiva. 3. O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de imposto na base de cálculo das contribuições. A hipótese dos autos é diversa, porque se questiona a incidência das contribuições sobre contribuição social. 4. Agravo de instrumento improvido. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022935-94.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 15/02/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/02/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. LEGITIMIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Consoante disposto nos art. 2º da Lei nº 9.430/96 e art. 20 da Lei nº 9.249/95, é permitido ao contribuinte que não está obrigado a apurar sua base de cálculo sobre o lucro real, adotar o regime de lucro presumido para fins de incidência do IRPJ e da CSLL, onde o lucro será calculado a partir de um percentual da receita bruta auferida. 2. Nos termos da jurisprudência remansosa do STJ, o ICMS deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pelo lucro presumido, pois o produto da venda dos bens ou dos serviços, incluindo o ICMS, transita pela contabilidade do contribuinte como "receita bruta", assim conceituada pela legislação que apura o IRPJ e a CSLL pelo lucro presumido. 3. Incabível invocar o quanto decidido pelo STF no RE nº 574.706 porque o caso aqui tratado se refere a tributação distinta. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5019389-65.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 10/07/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/07/2018)

Destarte, a r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, por suas próprias razões e fundamentos, porquanto se trata de recurso de manifesta improcedência.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUTO DIRETO, NÃO ASSUMINDO TRANSLAÇÃO QUE PERMITA CONSIDERAR O CONTRIBUINTE COMO MERO DEPOSITÁRIO DOS VALORES. INAPLICABILIDADE DA TESE FIRMADA NO RE Nº 574.706. TRIBUTOS DISTINTOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0012182-07.2015.4.03.6100

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

APELANTE: ESTANISLAU MENDES LLOBATERA BASSOLS

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0012182-07.2015.4.03.6100

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

APELANTE: ESTANISLAU MENDES LLOBATERA BASSOLS

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de nova apreciação juízo de retratação perante acórdão assim ementado:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. VERBA RESCISÓRIA TRABALHISTA ORIUNDA DE CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. CONTRAPRESTAÇÃO PELA RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. RECURSO PROVIDO. 1. As verbas oriundas de cláusula de não concorrência apresentam peculiaridade a obstar sua caracterização como mera liberalidade do empregador. Aqui se está tratando da fixação do pacto de não concorrência para depois da rescisão do contrato de trabalho, de tal modo que o ex-empregado, muito qualificado, temporariamente não represente um risco para as atividades empresariais da ex-empregadora, aderindo aos quadros de firma concorrente no mesmo setor empresarial. 2. A verba percebida em função da cláusula de não concorrência, na verdade é derivada de um "não trabalhar", de um "não auferir renda" proveniente de trabalho ou de aposentação. Não há receita oriunda do produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos ou de proventos (art. 43 do CTN, c.c. art. 153, III, CF), pelo que é impróprio falar-se que incorre o benefício da isenção; o que se dá, in casu, é a não incidência tributária, pois a suposta base constitucional da imposição fiscal (renda) não existe, já que o elemento material caracteriza-se como indenização.

Após a interposição de recurso especial e contrarrazões, a Vice-Presidência encaminhou os autos para exame de eventual retratação, frente ao decidido pelo STJ no REsp 1.102.575 – submetido ao regime de repetitivos.

Esta Sexta Turma entendeu por rejeitar a retratação, sob o seguinte acórdão:

EXAME DE EVENTUAL JUÍZO DE RETRATAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E A RESPECTIVA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. A POSIÇÃO CONSOLIDADA PELO STJ EM SEDE DE REPETITIVOS FOI EXPRESSAMENTE MENCIONADA E AFASTADA, ANTE AS ESPECIFICIDADES DA CAUSA E O CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA, AFASTANDO A TRIBUTAÇÃO. RETRATAÇÃO AFASTADA.

Admitido o recurso especial, foi proferida a seguinte decisão no âmbito do STJ:

No caso, a Vice-Presidência do Tribunal regional admitiu, de pronto, o recurso especial, sem que antes fosse cumprido o rito do art. 1.030, I, b, e II, do CPC/2015, isto é: ou negativa de seguimento do recurso especial se o acórdão recorrido estiver em conformidade com o julgado repetitivo; ou encaminhamento do processo ao órgão colegiado para eventual juízo de retratação se o acórdão recorrido divergir do entendimento do STJ

ANTE O EXPOSTO, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja observado o rito previsto no 1.030, I, b, e II, do CPC/2015.

À luz do quanto decidido e do RESP 1.112.745, a Vice-Presidência encaminhou os autos para exame de nova retratação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0012182-07.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO

APELANTE: ESTANISLAU MENDES LLOBATERA BASSOLS

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Analizados ambos os recursos tidos por paradigma (REsp's 1.102.575 e 1.112.745) no exame negativo do juízo de retratação anteriormente proposto, tomam-se emprestados os argumentos utilizados naquele julgado:

“(a) partir do REsp 1.102.575/MG, restou sedimentado pelo STJ a tese de que as “verbas concedidas ao empregado por mera liberalidade do empregador quando da rescisão unilateral de seu contrato de trabalho implicam acréscimo patrimonial por não possuírem caráter indenizatório, sujeitando-se, assim, à incidência do imposto de renda”(STJ – PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES / 23.09.09).

O REsp 1.112.745/SP foi julgado na mesma sessão, aprofundando o tema para identificar que se entende por mera liberalidade o recebimento de verbas sem a imposição de ato normativo prévio ou por força de Programa de Demissão Voluntária ou de acordo coletivo (STJ – PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES / 23.09.09).

O entendimento firmado pelo STJ foi levado em consideração por esta Sexta Turma. Porém, asseverou-se que “as verbas oriundas de cláusula de não concorrência apresentam **peculiaridade a obstar sua caracterização como mera liberalidade do empregador**. Aqui se está tratando da fixação do pacto de não concorrência para *depois da rescisão do contrato de trabalho*, de tal modo que o ex-empregado, muito qualificado, temporariamente não represente um risco para as atividades empresariais da ex-empregadora, aderindo aos quadros de firma concorrente no mesmo setor empresarial”.

Tomando-se por base sua natureza, esta Turma concluiu que “(a) verba percebida em função da cláusula de não concorrência, na verdade é derivada de um “não trabalhar”, de um “não auferir renda” proveniente de trabalho ou de aposentação. Não há receita oriunda do *produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos ou de proventos* (art. 43 do CTN, c.c. art. 153, III, CF), pelo que é impróprio falar-se que inócorre o benefício da isenção; o que se dá, *in casu*, é a não incidência tributária, pois a suposta base constitucional da imposição fiscal (renda) não existe, já que o elemento material caracteriza-se como *indenização*”.

Em suma, afastou-se a aplicação de jurisprudência consolidada por entender que as especificidades da causa não se amoldavam às bases fixadas naquela jurisprudência, permitindo solução diversa. Não houve omissão quanto ao decidido em regime de repetitivos; pelo contrário. O tema foi devidamente enfrentado e excepcionado, tomando descabido o exercício de retratação e a incidência do art. 1.030, II, do CPC/15”.

Pelo exposto, rejeito a necessidade de retratação do julgado.

É como voto.

EMENTA

EXAME DE EVENTUAL JUÍZO DE RETRATAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. RESP 1.112.745. VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E A RESPECTIVA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. A POSIÇÃO CONSOLIDADA PELO STJ EM SEDE DE REPETITIVOS FOI EXPRESSAMENTE MENCIONADA E AFASTADA, ANTES AS **ESPECIFICIDADES** DESTA CAUSA E O CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA, AFASTANDO A TRIBUTAÇÃO. RETRATAÇÃO AFASTADA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou a necessidade de retratação do julgado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0000031-35.2019.4.03.6143

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

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

APELADO: AGROVET COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: JOSE XAVIER MARQUES - SP53722-A, SILVIA SHAEMI MARQUES - SP174058-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0000031-35.2019.4.03.6143

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

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

APELADO: AGROVET COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: JOSE XAVIER MARQUES - SP53722-A, SILVIA SHAEMI MARQUES - SP174058-A

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Agravo interno interposto pelo embargado - INMETRO - contra decisão que negou provimento à apelação.

O **embargos à execução fiscal** foram opostos por AGRO VET COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, em face de execução ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL INMETRO/SP visando a cobrança de multa com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei nº 9.933/99.

Na inicial, a parte embargante alegou que a CDA não preenche os requisitos legais, por não indicar expressamente, a origem, a natureza e os dispositivos legais vulnerados pela embargante. Afirmou que já havia solicitado junto ao embargado, por diversas vezes, cópia do processo administrativo, que originou a CDA, objeto da presente demanda, comparecendo diretamente no INMETRO, bem como, notificou-o por duas vezes e, apesar de decorrido tempo suficiente (mais de ano da notificação), quedou-se inerte. Concluiu pelo cerceamento de defesa da embargante. Por fim, insurgiu-se quanto aos juros aplicados de 1% ao mês. Valor atribuído à causa: R\$ 6.664,94 (fl. 06).

Com a inicial, a embargante trouxe cópia de documento no qual consta sua solicitação de cópia do processo administrativo, com o carimbo do "IPEM – PIRACICABA recebido em 15/05/17" (fl. 21).

Em sua impugnação o INMETRO sustentou a regularidade da CDA e afirmou que "na CDA que constam nos autos originais está identificado o fundamento legal da multa aplicada bem como o nº do auto de infração e do respectivo processo administrativo no qual as atuações foram processadas, dos quais a executada foi devidamente intimada e exerceu ampla defesa e contraditório, conforme se verifica pelas cópias juntadas à presente impugnação." Sustentou a legalidade da cobrança dos juros (fls. 24/28).

A parte embargante informou não ter provas a produzir (fl. 30).

Manifestação da embargante acerca da impugnação (fls. 31/36).

Em 29/01/2020 sobreveio a r. sentença de **procedência** dos embargos, para extinguir a execução fiscal. Condenação do INMETRO ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa. Assim procedeu a MMª Juíza *a qua* por verificar a ausência de indicação do fundamento legal da infração cometida e que gerou a multa cobrada na execução fiscal por entender que o artigo 8º da Lei nº 9.933/1999 apenas enumera os tipos de sanções aplicáveis pelo INMETRO, ao passo que o artigo 9º do mesmo diploma estipula os limites da multa e apresenta parâmetros para sua graduação e nenhum dos dois artigos retrata efetivamente qual a infração cometida pela embargante, sendo necessário, para isso, que também fosse mencionado o artigo de lei ou de ato infralegal que contém o tipo violado pela autuada, bem como por não ter o INMETRO fornecido à embargante cópia dos autos do processo administrativo após requerimento protocolado em 15/05/2017, caracterizando cerceamento de defesa.

Apelou o INMETRO. Narrou que de acordo com o processo administrativo, a executada foi notificada para comparecer à perícia do produto a ser examinado, foi notificada da autuação e não houve defesa apresentada, foi notificada para recurso após homologação do auto de infração e não recorreu. Concluiu que foi dada toda oportunidade para ampla defesa e a embargante restou inerte em todas as oportunidades e, assim, a alegação de que houve cerceamento de defesa porque não houve resposta a um protocolo não pode prevalecer. Mencionou que o protocolo foi dirigido ao IPEM/Piracicaba em 2017, entidade que nem existia em 2013, e essa situação não pode anular uma CDA inscrita em 2012. Defendeu a regularidade da CDA, que é tão-somente o espelho do processo administrativo. Requereu a reforma da r. sentença com a retomada do curso da execução. Com o recurso, a embargada trouxe aos autos cópia do processo administrativo.

Recurso respondido.

Sobreveio a decisão agravada (ID 13785006).

Inconformada, a parte embargada interpôs o presente **recurso**. Requer a reconsideração da decisão ou que o e. Tribunal dê provimento ao recurso interposto. Para tanto, repisa os argumentos expendidos no apelo (ID 142026423).

Recurso respondido (ID 146437890).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0000031-35.2019.4.03.6143

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

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

APELADO: AGROVET COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: JOSE XAVIER MARQUES - SP53722-A, SILVIA SHAEMI MARQUES - SP174058-A

VOTO

O Exceletíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsom di Salvo, Relator:

Pretende a agravante a reforma da decisão monocrática que NEGOU provimento ao apelo da embargada.

Não há empeco à decisão unipessoal, no caso.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 586 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno - POR SINAL UTILIZADO PELA PARTE, AQUI - contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, "Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno" (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que "A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, caput, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte" (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de assegurar à parte acesso ao colegiado.

Por tal razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espriam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a **ampliação interpretativa** das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria.

De todo modo, os argumentos expendidos pela agravante não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, razão pela qual as reitero, adotando-as como razão de decidir deste agravo.

“De início, anoto que a ausência do processo administrativo não configura cerceamento de defesa. A Lei nº 6.830/80, em seu artigo 41, dispõe que o processo administrativo ficará na repartição competente, e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões a requerimento da parte ou do juízo, cabendo à parte interessada diligenciar neste sentido. A propósito já decidiu o STJ: "Esta Corte já se manifestou no sentido de 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" (REsp 1239257/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011). E mais: "A juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa" (REsp 1180299/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010).

No entanto, no caso dos autos, a parte embargante comprovou que não foi atendida em sua solicitação junto ao órgão embargado de obter cópias do processo administrativo.

Assim a r. sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos, que transcrevo na parte que interessa ao deslinde do caso:

“À falta de informação clara sobre o motivo da autuação some-se o fato de o INMETRO não ter fornecido à embargante cópia dos autos do processo administrativo após requerimento protocolado em 15/05/2017.

A propósito, o embargado silenciou também nestes autos sobre o assunto, apesar de uma das causas de pedir da petição inicial dos embargos tratar justamente disso.

Sem ter acesso aos autos do processo administrativo e sem informações mais precisas sobre a infração que culminou na multa cobrada na execução fiscal, há que se reconhecer o cerceamento de defesa, a reduzir, inclusive, a amplitude dos questionamentos passíveis de serem trazidos pelo devedor nos embargos. De todo modo, a juntada dos autos do processo administrativo, por si só, não afastaria a nulidade da CDA, de modo que o processo principal estaria, do mesmo jeito, fadado a ser extinto.”

Ainda, a alegação da apelante de que a empresa embargante foi devidamente notificada no processo administrativo não tem o condão de afastar o reconhecido cerceamento de defesa ocorrido, já que a embargante não teve acesso aos autos do processo administrativo para saber do que estava se defendendo nestes embargos.

Da mesma forma, a alegação de que o IPEM/Piracicaba – órgão para o qual a embargante solicitou cópia do processo administrativo – não existia à época da infração não tem o condão de afastar o reconhecido cerceamento de defesa. A uma porque essa alegação não foi aventada pelo apelante quando da apresentação de sua impugnação aos embargos e a duas porque o embargante não tinha obrigação de saber essa informação.”

Ante o exposto, voto por **negar provimento ao agravo interno**.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FALTA DE INFORMAÇÃO CLARA SOBRE O MOTIVO DA AUTUAÇÃO. ACESSO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO DEFERIDO. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPESSOAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS *EFICIÊNCIA* (ART. 37, CF), *ANÁLISE ECONÔMICA* DO PROCESSO E *RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO* (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIACÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a **ampliação interpretativa** das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.

3. Sem ter acesso aos autos do processo administrativo e sem informações mais precisas sobre a infração que culminou na multa cobrada na execução fiscal, há que se reconhecer o cerceamento de defesa, a reduzir, inclusive, a amplitude dos questionamentos passíveis de serem trazidos pelo devedor nos embargos.

4. A alegação da agravante/embargada de que a empresa embargante foi devidamente notificada no processo administrativo não tem o condão de afastar o reconhecido cerceamento de defesa ocorrido, já que a embargante não teve acesso aos autos do processo administrativo para saber do que estava se defendendo nestes embargos.

5. A alegação de que o IPÊM/Piracicaba – órgão para o qual a embargante solicitou cópia do processo administrativo – não existia à época da infração não tem o condão de afastar o reconhecido cerceamento de defesa. A uma porque essa alegação não foi aventada pelo agravante quando da apresentação de sua impugnação aos embargos e a duas porque o embargante não tinha obrigação de saber essa informação.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000675-35.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: CLINICA C.D.E. DIAGNOSTICOS LIMITADA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: BRUNO MARTINS LUCAS - SP307887-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000675-35.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: CLINICA C.D.E. DIAGNOSTICOS LIMITADA - EPP

Advogado do(a) EMBARGANTE: BRUNO MARTINS LUCAS - SP307887-A

EMBARGADO: ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por CLINICAC.D.E. DIAGNOSTICOS LIMITADA - EPP, em face do v. acórdão (ID 141135999), que encontra-se assim ementado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.*
2. *Em conformidade com a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS (Leis nºs 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003), a base de cálculo das referidas contribuições é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual se incluem os tributos sobre ela incidentes, tal como expressamente previsto no § 5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77.*
3. *Embora o precedente firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706-PR (Tema 69), seja de observância obrigatória para a matéria nele tratada (restrita ao ICMS), não pode ser estendido 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. Precedentes desta Corte.*
4. *Tanto assim que o C. Supremo Tribunal Federal irá decidir se a inclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo é constitucional, por ocasião do julgamento no RE 1.233.096/RS (Tema 1067), que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário virtual em 17.10.2019.*
5. *Inexistindo, por ora, precedente firmado pela Suprema Corte sobre o tema específico em discussão nesta ação, imperioso adotar a jurisprudência firmada no sentido de que o sistema tributário brasileiro comporta, em regra, a incidência de tributo sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo.*
6. *O mesmo C. Supremo Tribunal Federal, em sede repercussão geral, assentou que a base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988 c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da Lei Complementar nº 87/1996) inclui o próprio montante de ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação: RE 582.461/SP – Tema 214 da repercussão geral, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011, DJe 17.08.2011.*
7. *De igual modo, o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.144.469/PR - Tema 313, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência no sentido da legitimidade da incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.*
8. *Agravo interno desprovido.*

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, pois deixou de observar as pontuações da ora Embargante acerca da impossibilidade de inclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo, por terem tais contribuições como base de cálculo o “faturamento”, a teor da legislação que as instituiu. Aduz que não foi objeto de análise no r. acórdão ora embargado que a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do PIS e da COFINS é clara tentativa do Fisco de estender o conceito de faturamento, colimando em verdadeira alteração de tal conceito através de lei tributária, o que é vedado expressamente pelo Código Tributário Nacional, a teor do seu artigo 110. Alega a ocorrência de contradição no v. acórdão, “na medida em que, se por um lado, expõe que não pode ser dada interpretação extensiva em matéria tributária (para afastar a aplicabilidade do RE 574.706), é exatamente o que faz (aplica interpretação extensiva) ao fundamentar suas razões em suposta aplicabilidade de outro precedente, qual seja, o RE nº 582.461, que, por sua vez, notadamente somente decidiu sobre a possibilidade de inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, hipótese, por sua vez, totalmente diferente das contribuições sub judice no presente caso.” Anota que a decisão ora embargada contraria, à evidência, a previsão do artigo 1.022, II, e 489, §1º, IV, V e VI do CPC, carecendo, portanto, ser sanada a omissão ora apontada, dada a própria fundamentação da decisão lançada nos presentes autos e razões de recurso lançadas pela ora embargante, evitando-se, assim, julgamentos conflitantes e, conseqüentemente, insegurança jurídica às partes.

Requer “sejam totalmente acolhidos por vossa excelência, sanando as omissões e contradições alhures apontadas, de modo a esclarecer seus fundamentos e apreciar o conjunto fático probatório dos autos em cotejo à legislação aplicável ao presente caso concreto, bem como a jurisprudência pacificada a respeito do tema e, por corolário, reformar o v. acórdão proferido na presente demanda, conforme minuciosamente explicitado nas razões de recurso.” “Subsidiariamente, pugna-se seja determinada a suspensão do presente feito, até posterior julgamento definitivo do RE 1.233.096, objeto do Tema 1.067 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de hipótese idêntica ao do presente caso, desse modo evitando-se a prolação de julgamentos conflitantes e garantindo a efetiva prestação jurisdicional e a segurança jurídica aos jurisdicionados, tudo em consonância com o entendimento firmado pelas Cortes Superiores.”

Comcontrarrazões (ID 145918434).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000675-35.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: CLINICA C.D.E. DIAGNOSTICOS LIMITADA - EPP

Advogado do(a) EMBARGANTE: BRUNO MARTINS LUCAS - SP307887-A

EMBARGADO: ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão e contradição alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão negou provimento ao agravo interno para manter a decisão monocrática que negou provimento à apelação da impetrante, por entender que a r. sentença denegatória está em consonância com a jurisprudência consolidada dos E. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, assim como não ter o ora embargante demonstrado o desacerto do *decisum*.

O v. acórdão embargado fundamentou que "em conformidade com a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS (Leis nºs 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003), a base de cálculo das referidas contribuições é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual se incluem os tributos sobre ela incidentes, tal como expressamente previsto no § 5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77."

No voto restou consignado que “*embora o precedente firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706-PR (Tema 69), seja de observância obrigatória para a matéria nele tratada (restrita ao ICMS), não pode ser estendido 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.*”

Tanto assim que o C. Supremo Tribunal Federal irá decidir se a inclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo é constitucional, por ocasião do julgamento no RE 1.233.096 (Tema 1067), que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário virtual em 17.10.2019

Resaltou que inexistindo, por ora, precedente firmado pela Suprema Corte sobre o tema específico em discussão nesta ação, imperioso adotar a jurisprudência firmada no sentido de que o sistema tributário brasileiro comporta, em regra, a incidência de tributo sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo.

O v. acórdão deixou expresso que o mesmo C. Supremo Tribunal Federal, em sede repercussão geral, assentou que a base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988 c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da Lei Complementar nº 87/1996) inclui o próprio montante de ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação: RE 582.461/SP – Tema 214 da repercussão geral, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes,

E, ainda, assinalou que “*o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.144.469/PR - Tema 313, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência no sentido da legitimidade da incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.*”

Por fim, frise-se ser inviável o sobrestamento do feito em virtude da afetação do tema à sistemática de repercussão geral pelo C. STF no RE 1.233.096 (Tema 1067), uma vez que reconhecida a repercussão geral, cabe ao relator, no C. 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.

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no Agrg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do *decisum* ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.
2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do *decisum*, o que é inviável nesta seara recursal.
3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no Agrg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.
2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.
3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.
4. Embargos de declaração rejeitados."

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*".

Ante o exposto, **rejeito** os presentes embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no 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 Sexta 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 5011122-69.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: WHIRLPOOL S.A, BUD COMERCIO DE ELETRODOMESTICOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RENATA EMERY VIVACQUA - SP294473-S, JULIANA DUTRADA ROSA - RJ198675-A, CARLOS RENATO VIEIRADO NASCIMENTO - RJ144134-A

Advogados do(a) APELANTE: RENATA EMERY VIVACQUA - SP294473-S, JULIANA DUTRADA ROSA - RJ198675-A, CARLOS RENATO VIEIRA DO NASCIMENTO - RJ144134-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011122-69.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: WHIRLPOOL S.A, BUD COMERCIO DE ELETRODOMESTICOS LTDA

Advogados do(a) EMBARGANTE: RENATA EMERY VIVACQUA - SP294473-S, JULIANA DUTRA DA ROSA - RJ198675-A, CARLOS RENATO VIEIRA DO NASCIMENTO - RJ144134-A

Advogados do(a) EMBARGANTE: RENATA EMERY VIVACQUA - SP294473-S, JULIANA DUTRA DA ROSA - RJ198675-A, CARLOS RENATO VIEIRA DO NASCIMENTO - RJ144134-A

EMBARGADO: ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por WHIRLPOOL S.A, BUD COMERCIO DE ELETRODOMESTICOS LTDA, em face do v. acórdão (ID 143784375), que encontra-se assimmentado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

- 1. Em conformidade com a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS (Leis nºs 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003), a base de cálculo das referidas contribuições é o valor total do faturamento ou da receita bruta da pessoa jurídica, na qual se incluem os tributos sobre ela incidentes, tal como expressamente previsto no § 5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77.*
- 2. Embora o precedente firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706-PR (Tema 69), seja de observância obrigatória para a matéria nele tratada (restrita ao ICMS), não pode ser estendido 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. Precedentes desta Corte.*
- 3. Tanto assim que o C. Supremo Tribunal Federal irá decidir se a inclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo é constitucional, por ocasião do julgamento no RE 1.233.096/RS (Tema 1067), que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário virtual em 17.10.2019.*
- 4. Inexistindo, por ora, precedente firmado pela Suprema Corte sobre o tema específico em discussão nesta ação, imperioso adotar a jurisprudência firmada no sentido de que o sistema tributário brasileiro comporta, em regra, a incidência de tributo sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo.*
- 5. O mesmo C. Supremo Tribunal Federal, em sede repercussão geral, assentou que a base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988 c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da Lei Complementar nº 87/1996) inclui o próprio montante de ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação: RE 582.461/SP – Tema 214 da repercussão geral, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011, DJe 17.08.2011.*
- 6. De igual modo, o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.144.469/PR - Tema 313, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência no sentido da legitimidade da incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.*
- 7. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.*
- 8. Agravo interno desprovido.*

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, quanto a violação ao art. 932 do CPC e ao art. 5º, LIV da CF/88. Aduz que o v. acórdão embargado omitiu sobre os argumentos de que apenas com o advento da Lei nº 12.973/14, que incluiu o §5º no art. 12 do Decreto nº 1.598/77, houve previsão na legislação pátria de que na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes, mas tal previsão representa verdadeira afronta ao conceito de receita da Constituição Federal estabelecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual só constitui receita do contribuinte os valores que se agregam ao seu patrimônio e não o mero trânsito contábil dos tributos de titularidade do ente público. Alega que “o Acórdão embargado incorre ainda em obscuridade, pois afirma que o precedente firmado pelo STF no RE 574.706-PR “não pode ser estendido 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”. Tal assertiva teria sentido caso se estivesse discutindo a exclusão do ICMS da base de cálculo de outros tributos, porém, nenhum sentido existe em considerar que o ICMS não pode estar incluído na base do PIS e da COFINS, mas outros tributos sim. Ora, o que se debate nos autos é justamente o “tamanho” da base de cálculo do PIS e da COFINS ou, em outras palavras, que elementos podem compor a base de cálculo das contribuições.”. Salienta que o v. acórdão também se omitiu quanto ao argumento de que o PIS e a COFINS incluídos na própria base de cálculo são receitas públicas da União e, como tal, não poderiam ser tributados na esfera jurídica da embargante. Anota que deve a presente controvérsia ser analisada à luz da classificação de tributos prevista no art. 9º da Lei nº 4.320/64 e da violação ao art. 110 do CTN, aos conceitos de receita e faturamento do art. 195, I, “b”, da CF/88 e ao princípio da capacidade contributiva.

Requer sejam recebidos os presentes embargos de declaração com o fim de “reformular o Acórdão de ID 143784375 para sanar os vícios acima apontados, assim como para fins de prequestionamento.”

Comcontrarrazões (ID 145553372).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011122-69.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: WHIRLPOOL S.A, BUD COMERCIO DE ELETRODOMESTICOS LTDA

Advogados do(a) EMBARGANTE: RENATA EMERY VIVACQUA - SP294473-S, JULIANA DUTRA DA ROSA - RJ198675-A, CARLOS RENATO VIEIRA DO NASCIMENTO - RJ144134-A

Advogados do(a) EMBARGANTE: RENATA EMERY VIVACQUA - SP294473-S, JULIANA DUTRA DA ROSA - RJ198675-A, CARLOS RENATO VIEIRA DO NASCIMENTO - RJ144134-A

EMBARGADO: ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do *decisum*.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão negou provimento ao agravo interno para manter a decisão monocrática que negou provimento à apelação da impetrante, por entender que a r. sentença denegatória está em consonância com a jurisprudência consolidada dos E. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, assim como não ter o ora embargante demonstrado o desacerto do *decisum*.

Frise-se que no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência (art. 932 do CPC). Nesse sentido: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018; AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018; AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, a possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do CPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do CPC). Nesse sentido, v.g., TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0004607-72.2016.4.03.6112, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 21/08/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 25/08/2020.

O v. acórdão embargado fundamentou que “em conformidade com a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS (Leis nºs 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003), a base de cálculo das referidas contribuições é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual se incluem os tributos sobre ela incidentes, tal como expressamente previsto no § 5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77.”

No voto restou consignado que “embora o precedente firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706-PR (Tema 69), seja de observância obrigatória para a matéria nele tratada (restrita ao ICMS), não pode ser estendido 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.”

Tanto assim que o C. Supremo Tribunal Federal irá decidir se a inclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo é constitucional, por ocasião do julgamento no RE 1.233.096 (Tema 1067), que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário virtual em 17.10.2019

Ressaltou que inexistindo, por ora, precedente firmado pela Suprema Corte sobre o tema específico em discussão nesta ação, imperioso adotar a jurisprudência firmada no sentido de que o sistema tributário brasileiro comporta, em regra, a incidência de tributo sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo.

O v. acórdão deixou expresso que o mesmo C. Supremo Tribunal Federal, em sede repercussão geral, assentou que a base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988 c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da Lei Complementar nº 87/1996) inclui o próprio montante de ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação: RE 582.461/SP – Tema 214 da repercussão geral, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes,

E, ainda, assinalou que “o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.144.469/PR - Tema 313, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência no sentido da legitimidade da incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.”

Por fim, frise-se ser inviável o sobrestamento do feito em virtude da afetação do tema à sistemática de repercussão geral pelo C. STF no RE 1.233.096 (Tema 1067), uma vez que reconhecida a repercussão geral, cabe ao relator, no C. 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.

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.
2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.
3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.
2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.
3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.
4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*".

Ante o exposto, **rejeito** os presentes embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no 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 Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos declaratórios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 7ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5065195-65.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: G. C. D.

REPRESENTANTE: LAIS FRANCIANE GUEDES DE CARVALHO DOMINGUES

Advogado do(a) APELADO: GREGORIO RASQUINHO HEMMEL - SP360235-N,

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

ID 140024180:

Formula a parte autora pedido de imediata implantação do benefício assistencial, considerando suas precárias condições de saúde e o estado de necessidade em que se encontra.

O compulsar dos autos revela que o feito em tela cuida de pedido de benefício assistencial de prestação continuada (LOAS) previsto pelo inciso V do artigo 203 da Constituição Federal à pessoa portadora de deficiência. Observa-se ainda que o acórdão prolatado pela E. Sétima Turma deste Tribunal em 03.08.2020 negou provimento à apelação do INSS, mantendo a concessão do benefício assistencial.

Considerando o caráter alimentar das prestações reclamadas e que os recursos aos Tribunais Superiores não são dotados de efeito suspensivo (art. 995 CPC/2015), determino, com apoio nos artigos 300 e 497 do CPC/2015, a imediata implantação do benefício assistencial com data de início - DIB na data do indeferimento administrativo e renda mensal inicial - RMI a ser apurada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Para tanto, expeça-se ofício àquele órgão, instruído com os documentos do beneficiário GABRIEL CARVALHO DOMINGUES e de sua representante legal LAIS FRANCINE GUEDES DE CARVALHO DOMINGUES, necessários para o cumprimento da ordem.

Oficie-se com urgência.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0007975-34.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: MARIA DE LOURDES SEVERINO LIMA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS BORGES DAROCHA - MG93885

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 0043035-68.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA ANERIS MENEGAO

Advogado do(a) APELADO: KILDARE MARQUES MANSUR - SP154144-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 subseqüentes, 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 5026650-23.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OLIVER DE SA FERNANDES

Advogado do(a) APELADO: GABRIELA BENEZ TOZZI CARANI - SP152555-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 subseqüentes, 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 0009110-62.2009.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA MONICA PEDROZO

Advogado do(a) APELADO: IARA ABIGAIL CUBAECHE SAAD TAMBELLI - SP92320

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 0003289-74.2012.4.03.6183

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: MILTON BRAZ DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: MARIA CAMILA CARVALHO E SILVA VOLPE PRADO GUERRA - SP350164

Advogado do(a) APELANTE: WILSON HARUAKI MATSUOKA JUNIOR - SP210114

APELADO: MILTON BRAZ DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: MARIA CAMILA CARVALHO E SILVA VOLPE PRADO GUERRA - SP350164

Advogado do(a) APELADO: WILSON HARUAKI MATSUOKA JUNIOR - SP210114

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 5000371-89.2017.4.03.6133

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: MARIA EDIANE DE SOUSA COSTA
REPRESENTANTE: MARIA EDIVANE DA COSTA SOUSA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA DAS GRACAS CARDOSO DE SIQUEIRA - SP62740,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

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 5055205-50.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: PEDRO ALVES CORREIA

REPRESENTANTE: MARIA APARECIDA RIBEIRO

Advogado do(a) APELADO: ANGELA MARTA GARCIA - SP346401-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) N° 5054606-14.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: AMILTON LEPE

Advogado do(a) APELADO: PABLA ALANA SCAPIM DA SILVA - SP300492-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 N° 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 5023396-42.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: H. V. S. D. F., V. H. S. D. F.

REPRESENTANTE: LAUANE CAROLINI DE SOUZA ALVES, ELIANA DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: FABIO JUNIOR DIAS - SP274611-N,

Advogado do(a) APELANTE: FABIO JUNIOR DIAS - SP274611-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 5023396-42.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: H. V. S. D. F., V. H. S. D. F.

REPRESENTANTE: LAUANE CAROLINI DE SOUZA ALVES, ELIANA DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: FABIO JUNIOR DIAS - SP274611-N,

Advogado do(a) APELANTE: FABIO JUNIOR DIAS - SP274611-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) N° 5023396-42.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: H. V. S. D. F., V. H. S. D. F.

REPRESENTANTE: LAUANE CAROLINI DE SOUZA ALVES, ELIANA DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: FABIO JUNIOR DIAS - SP274611-N,

Advogado do(a) APELANTE: FABIO JUNIOR DIAS - SP274611-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 N° 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

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 638/666

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5023396-42.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: H. V. S. D. F., V. H. S. D. F.

REPRESENTANTE: LAUANE CAROLINI DE SOUZA ALVES, ELIANA DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: FABIO JUNIOR DIAS - SP274611-N,

Advogado do(a) APELANTE: FABIO JUNIOR DIAS - SP274611-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 5006381-60.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: IRACEMA FRANCO DE SOUZA

Advogado do(a) APELADO: HERON DOS SANTOS FILHO - MS7023-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 0001430-96.2017.4.03.6005

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CECILIO ESPINDOLA

Advogado do(a) APELADO: ALDO GEOVANI RODRIGUES VAEZ - MS16063-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 5674787-50.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: JULIANA FERNANDES QUEIROZ, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: APARECIDA HELENA MADALENA DE JESUS GIOLO - SP171698-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, JULIANA FERNANDES QUEIROZ

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 641/666

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 0012484-71.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: ROZAI R MEDEIROS

Advogado do(a) APELANTE: BENEDITO TONHOLO - SP84036-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 0003172-42.2016.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: ODAIR LEAL BISSACO JUNIOR - SP201094-N

APELADO: SILVIA APARECIDA VICENTE, PALOMA APARECIDA DA ROCHA

Advogado do(a) APELADO: YURI NATHAN DA COSTA LANNES - SP317609

Advogado do(a) APELADO: NELSON PEREIRA BATISTA FILHO - SP161616

TERCEIRO INTERESSADO: MARIA JOSE FERREIRA DA LUZ VICENTE

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: NELSON PEREIRA BATISTA FILHO - SP161616

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 0003172-42.2016.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: ODAIR LEAL BISSACO JUNIOR - SP201094-N

APELADO: SILVIA APARECIDA VICENTE, PALOMA APARECIDA DA ROCHA

Advogado do(a) APELADO: YURI NATHAN DA COSTA LANNES - SP317609

Advogado do(a) APELADO: NELSON PEREIRA BATISTA FILHO - SP161616

TERCEIRO INTERESSADO: MARIA JOSE FERREIRA DA LUZ VICENTE

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: NELSON PEREIRA BATISTA FILHO - SP161616

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.

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 644/666

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 0012611-09.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JENNIFER NICOLLI DOURADO

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO MARIANO DA ROCHA - SP202092

TERCEIRO INTERESSADO: SILVANIA DE CARVALHO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: FERNANDO MARIANO DA ROCHA - SP202092

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 0012611-09.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JENNIFER NICOLLI DOURADO

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO MARIANO DA ROCHA - SP202092

TERCEIRO INTERESSADO: SILVANIA DE CARVALHO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: FERNANDO MARIANO DA ROCHA - SP202092

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 5005011-46.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: APARECIDA PERES DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: STENIO FERREIRA PARRON - SP205654-S

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 5338746-60.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: BENEDITO PERPETUO RICHARTI

Advogado do(a) APELADO: SILVIA WIZIACK SUEDAN - SP119119-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 0031964-69.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDA MENDES

Advogado do(a) APELADO: TADASHI MURAKAWA - SP213322-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

SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028209-68.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ARISMAR AMORIM JUNIOR

INTERESSADO: VALDOMIRO PEDRO DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ARISMAR AMORIM JUNIOR - SP161990-A

Advogado do(a) INTERESSADO: DANIELA VASCONCELOS ATAÍDE RICLIOLI - SP381514-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **ARISMAR AMORIM JUNIOR** face à decisão proferida em sede de cumprimento de sentença em que o d. Juiz *a quo* indeferiu o pedido de destaque dos honorários advocatícios, previsto no artigo 22, §4º da Lei 8.906/94, sob o fundamento de que o contrato de prestação de serviços com previsão de honorários foi firmado com outro advogado/escritório de advocacia, não abrangendo a situação de cessão de créditos entre os causídicos.

Em suas razões de inconformismo recursal, o agravante alega que requereu expressamente o destaque dos honorários advocatícios contratuais, na condição de sócio da sociedade de advocacia, tendo cumprido o art. 22, §4º da Lei 8.906/94. No que tange à cessão de crédito, indeferida pelo juízo *a quo*, alega que houve a juntada de substabelecimento, sendo ambos patronos nos autos. Inconformado, requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o destaque dos honorários contratuais.

Em decisão inicial, foi deferido o efeito suspensivo pleiteado, para o fim de determinar o destaque dos honorários advocatícios em nome da sociedade advocatícia (cessionária).

Devidamente intimado, o réu não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

Conforme restou consignado na decisão inicial, verifica-se na procuração datada de 24.01.2018 (id 144440331 - Pág. 22), que o advogado constituído para patrocinar a presente causa, a princípio, foi o Dr. Gabriel de Vasconcelos de Ataíde (OAB/SP 326.493), integrante da Vasconcelos & Ricioli Sociedade de Advogados.

Ainda em 24.01.2018, o patrono Gabriel de Vasconcelos de Ataíde firmou contrato de cessão de crédito de honorários advocatícios, contratados e de sucumbência, na proporção de 100%, à AMORIM JUNIOR SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, representada pelo sócio administrador ARISMAR AMORIM JUNIOR (OAB/SP n.º 161.990), conforme cópia de id 144440331 - Págs. 261/262.

Ora, sendo os honorários advocatícios contratuais um direito patrimonial disponível, não há ilegalidades a serem apontadas na referida cessão de crédito, assim o agravante faz jus à respectiva contraprestação pecuniária pelos serviços advocatícios prestados, na forma do disposto no art. 22º, *caput* da Lei 8.906/1994, não se justificando, portanto, a cautela do magistrado *a quo* ao indeferir o pleito de destaque das mencionadas verbas alimentares. Nesse sentido, já entendeu o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE LEVANTAMENTO EM NOME DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS. EXISTÊNCIA DE CESSÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em revisão de posicionamento, firmou entendimento no sentido de que os honorários advocatícios só podem ser levantados pela sociedade de advogados quando o nome da pessoa jurídica constar do instrumento de mandato outorgado nos autos. Caso contrário, só cabe expedição de alvará ao procurador constituído, individualmente. O entendimento é firmado com base no art. 15, § 3º da Lei nº 8.906/94, que dispõe: "as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte". Admite-se, ainda, o levantamento dos honorários advocatícios pela sociedade de advogados quando ela for cessionária do respectivo crédito (EDcl no Agrg no AREsp 92.254/AL, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 24/11/2014).

(...)

3. Sendo assim, porque cessionária dos créditos, a sociedade de advogados tem direito à expedição de mandado de levantamento dos honorários de sucumbência no nome dela.

4. Recurso provido.

(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 530178 0010066-29.2014.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/06/2017.)

De outro giro, o artigo 24, parágrafo 1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) determina que a execução dos honorários advocatícios pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier.

Por seu turno, o artigo 22, § 4º da mesma lei dispõe que, se o advogado juntar aos autos o contrato de honorários advocatícios pactuado com seu cliente, o juiz deverá determinar o pagamento do valor contratado.

Desse modo, tendo sido juntado o contrato de prestação de serviços nos autos da ação, o valor devido a título de honorários advocatícios deverá ser descontado do *quantum* devido na ocasião do pagamento. Nesse sentido, já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS PROFISSIONAIS. LEVANTAMENTO. CONTRATO JUNTADO AOS AUTOS. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. LEI 8.906/94 (ART. 22, § 4º). POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão que indeferiu pedido de levantamento do percentual, a título de honorários, formulado pela recorrente em autos de execução de título judicial, ao argumento de que o valor da referida verba está penhorado para garantia de crédito fiscal, preferencial em relação ao crédito de honorários.

2. Pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que:

- "O advogado pode requerer ao juiz, nos autos da causa em que atue, o pagamento, diretamente a ele, dos honorários contratados, descontados da quantia a ser recebida pelo cliente, desde que apresente o respectivo contrato." (REsp nº 403723/SP, 3ª Turma, Relª Minª NANCY ANDRIGHI, DJ de 14/10/2002)

- "A regra contida no § 4º do art. 22 do Estatuto da Advocacia é impositiva no sentido de que deve o juiz determinar o pagamento dos honorários advocatícios quando o advogado juntar aos autos o seu contrato de honorários, excepcionadas apenas as hipóteses de ser provado anterior pagamento ou a prevista no § 5º do mesmo art. 22, não cogitadas no caso em exame. Se alguma questão surgir quanto a serem ou não devidos os honorários, é tema a ser decidido no próprio feito, não podendo o juiz, alegando complexidade, remeter a cobrança a uma outra ação a ser ajuizada." (REsp nº 114365/SP, 4ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 07/08/2000)

3. O art. 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto do Advogado) dispõe: "Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor".

4. O art. 133 da CF/1988 dispõe: "O advogado é indispensável à administração da justiça". Não é justo nem correto que o mesmo não receba remuneração pelo trabalho realizado. A verba honorária é uma imposição legal e constituir um direito autônomo do causídico.

5. Recurso provido.

(Resp nº 2004.00.93043-5 - 1ª Turma - Rel. Min. José Delgado; j. em 28.9.2004; DJU de 16.11.2004; p. 212).

Diante do exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo autor**, para o fim de determinar o destaque dos honorários advocatícios em nome da sociedade advocatícia (cessionária).

Decorrido "in albis" o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012961-62.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: SONIA BARBOSA DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO CORREA NASARIO DA SILVA - SP242054-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Vistos.

Diante da consulta formulada no ID 149673679 verifico a ocorrência de equívoco quando da proclamação do resultado, haja vista que no acórdão e na certidão de julgamento consta que foi negado provimento ao agravo interno (art. 1.021, CPC) do INSS e acolhidos os embargos de declaração opostos pelo INSS, **enquanto que deveria constar que foi negado provimento ao agravo interno (art. 1.021, CPC) do INSS e acolhidos os embargos de declaração opostos pela parte exequente.**

Assim sendo, considerando que tal engano constitui inexistência material a configurar erro material e que este pode ser corrigido, de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, necessária a correção para constar as seguintes redações:

PROCLAMAÇÃO DE JULGAMENTO: "decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno (art. 1.021, CPC) do INSS e acolher os embargos de declaração opostos pela parte exequente."

ACÓRDÃO: "Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno (art. 1.021, CPC) do INSS e acolher os embargos de declaração opostos pela parte exequente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado."

Intimem-se.

SUBSECRETARIA DA 11ª TURMA

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5034013-17.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: ODAIR BERTO DE LIMA

IMPETRANTE: DANILO RAFAEL PEREIRA DA SILVA

Advogado do(a) PACIENTE: DANILO RAFAEL PEREIRA DA SILVA - SP283162-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LINS/SP - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de provimento liminar, impetrado por Danilo Rafael Pereira da Silva em favor de ODAIR BERTO DE LIMA, contra ato praticado pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Lins/SP, consistente na conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva, e em sua manutenção.

Narra-se na inicial (ID 150091440) que o paciente foi preso em flagrante, em 20 de novembro do corrente ano, “em razão de ter sido autuado em flagrante delito, por, supostamente ter atuado como “batedor”, praticando o delito tipificado no artigo 334- A, §1º, inciso V, do Código Penal c/c Art. 3º do Decreto-lei 399/68 (contrabando)”. Após ouvida do Ministério Público e da Defensoria Pública, foi homologado o flagrante e decretada a prisão preventiva do paciente.

Foi apresentado pedido de liberdade provisória para o Paciente sob nº 5000701- 54.2020.4.03.6142, que foi indeferido pelo MM juiz com o fundamento de garantia à ordem pública, alegando risco do paciente reiterar no delito, e inexistir para o presente caso, outra medida cautelar que possa impedir o Paciente de delinquir.

Argumenta-se que o paciente é primário, tem bons antecedentes e residência fixa, além de ser pessoa dedicada ao trabalho. Quanto ao procedimento referido no ato apontado como coator (autos nº 1040728-49.2020.4.01.3800), que ele não poderia ser considerado, visto que o paciente apenas estaria tendo sua responsabilidade apurada, não sendo possível usar o feito como maus antecedentes em seu desfavor.

Aduz-se, ademais, que o paciente possui filhos menores que dele dependem para seu sustento, o que também tornaria inviável a manutenção da prisão preventiva. “Ressalta-se que o Paciente possui dois filhos do seu primeiro relacionamento, Eduardo Verissimo de Lima, de 14 anos, e Patricia Gabrielli Verissimo de Lima de 08 anos, que dependem financeiramente do Paciente. Inclusive, a menor Patricia Gabrielli é portadora de hidrocefalia congênita (hidrocefalia extrema), e apresenta severo atraso do desenvolvimento neuropsicomotor da genitora e uso contínuo de medicações para controle de convulsões”.

Além de manter os dois filhos da sua primeira União, o Paciente atualmente reside com Vania Gifani de Oliveira, a companheira é acometida por diversas patologias que a impedem de exercer atividades laborais. Conforme documentos comprobatórios, Sra. Vania companheira do Paciente, é portadora de diabetes tipo 1, com complicações crônicas, insuficiência renal, atualmente realizando hemodiálise.

Diante de sua primariedade, residência fixa e necessidade ao sustento de pessoas da família, a revogação da prisão preventiva far-se-ia necessária, sendo incabível a manutenção da cautelar extrema. As medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal demonstrar-se-iam adequadas e suficientes ao resguardo dos bens jurídicos previstos no art. 312 do mesmo estatuto; desnecessária, nessa medida, a prisão cautelar.

Diante dessas circunstâncias, estariam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* a amparar a concessão de provimento liminar em favor do paciente, para determinar sua imediata soltura, impedindo a continuidade da produção de efeitos do ato apontado como coator.

Forte nisso, requer-se: a concessão de liminar, para revogar a prisão preventiva de imediato (subsidiariamente, com a imposição de medidas cautelares diversas, se forem entendidas como necessárias); no mérito, a concessão da ordem de *habeas corpus*, confirmando-se a liminar e revogando-se em definitivo a decretação da prisão preventiva. Em caso de ser decretada liberdade mediante fiança, requer-se aplicação do fator de redução previsto em lei, ante a situação econômica do paciente.

Foram juntados documentos.

É, em suma, o que há a relatar. Passo a decidir.

Consta dos autos que o paciente ODAIR BERTO DE LIMA foi preso em flagrante em 20 de novembro de 2020, ante sua aparente participação em operação de contrabando de cigarros (Código Penal, art. 334-A, § 1º, IV), na condição de batedor (dirigindo veículo Chevrolet Cobalt) de um carregamento contido em um caminhão Mercedes-Benz de grande porte. O flagrante teria se dado a partir de diligência rotineira de agentes policiais (ordem de parada ordinária a partir da qual passaram a ser extraídos elementos no sentido da prática delitiva em tese flagrada). Inquirido ainda na abordagem de rotina pelos policiais, o paciente teria confessado sua atuação como batedor e descrito em linhas gerais como era o veículo que estaria transportando os cigarros. O caminhão em questão teria sido encontrado cerca de 20 minutos depois pelos agentes públicos, que também deram voz de prisão ao motorista. O montante da carga seria de cerca de setecentas caixas de cigarros.

Os fatos teriam se dado no km 338 da rodovia SP 300, conforme auto de prisão em flagrante e relatos nele contidos (ID 150091780, pp. 2-8 e auto de apreensão de pp. 9-10).

Pois bem

Para que seja concedida decisão liminar nos termos pleiteados, é necessário o preenchimento cumulativo de dois requisitos: *o fumus boni iuris* (consistente na aparente probabilidade de o autor ter razão em seu pleito de fundo), e *periculum in mora* (atinentes ao risco de dano grave em caso de não ser proferida a decisão antecipatória).

O pedido concreto se volta contra decisão que decretou a prisão preventiva do paciente. Esta, como se sabe, é a medida cautelar mais gravosa prevista no ordenamento pátrio, exigindo, por conseguinte, o preenchimento de requisitos e pressupostos específicos previstos normativamente (em especial, nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal), bem como análise concreta acerca da insuficiência de medidas menos gravosas para o atingimento dos mesmos fins protetivos almejados pela custódia preventiva. Afinal, a cautelar máxima deve não apenas ser adequada, mas concretamente necessária, isto é, deve-se ter, em concreto, situação em que outras medidas menos gravosas sejam insuficientes para garantir os bens jurídicos que a cautela visa a resguardar.

Em sede de cognição sumária, não reconheço a firme probabilidade de direito do paciente, o qual decorreria de ilegalidade aparente ou claro excesso no decreto de prisão preventiva. Com efeito, a prisão foi decretada com base em fundamentação concreta e com respaldo em análise fática e jurídica que não se afigura *prima facie* inadequada ou excessiva.

O paciente é investigado, nos autos dos quais proveio a decisão guerreada, pela suposta prática de crime que não envolve violência ou grave ameaça em sua execução. Não obstante isso, há aparentes elementos que justificaram a cautelar extrema.

Por primeiro, o paciente já investigado em processo no qual se apura conduta similar àquela objeto de flagrante no dia 20 de novembro (autos nº 1040728-49.2020.4.01.3800). Os fatos ali apurados teriam se dado em 06 de novembro de 2019, donde se extrai haver indícios de que se teve reiteração sem grande lapso temporal a mediar as condutas, reforçando o juízo de potencial periculosidade atual do agente e seu aparente desrespeito renitente à lei penal. Também por esse fato, há lastro concreto e fático para a conclusão da autoridade de primeiro grau no sentido de medidas cautelares diversas terem se revelado insuficientes (do que dá prova o fato de que o paciente, ao que tudo indica, estava em liberdade provisória quando foi alvo do flagrante narrado acima). Esclareça-se que não se trate de computar investigações em curso como Maus Antecedentes, mas de análise de elementos fáticos e investigativos no contexto da aferição de legalidade e necessidade da prisão preventiva, o que é plenamente possível em nosso ordenamento.

Cuida-se, ademais, de aparente reiteração específica, a denotar potencial dedicação habitual a tal tipo de atividade (participação em esquema de contrabando em larga escala).

Demais disso, o paciente em tese auxiliava no transporte de carga contrabandeada de grande porte (armazenada em caminhão), o que traduz atividade lesiva de maior intensidade aos bens jurídicos tutelados pelo art. 334-A do Código Penal, bem como potencial ato sob comando de organização criminosa estruturada para atuação nesse ramo ilícito de atividades.

Alega-se sua imprescindibilidade em relação a cuidados com terceiros, quais sejam, filhos menores e companheira diabética. Uma de suas filhas teria doença grave, hidrocefalia congênita. No entanto, a informação contida na própria impetração é de que ela reside com a mãe (ex-esposa ou convivente do paciente), sendo esta, pois, quem lhe presta assistência contínua, o que impede a constatação de que sua presença é imprescindível aos cuidados de seus filhos menores (que não moram com ele). Tampouco há demonstração de que sua atual convivente necessite de cuidados tais que imponham sua presença contínua para fins de assistência básica e contínua a ela, ou que a ajuda de que necessita não possa ser fornecida por parentes e outras pessoas com laços em relação à família. No que tange ao aspecto do suporte financeiro (aos filhos, enteados e cônjuge), trata-se de fator a ser ponderado em juízo de mérito, após análise aprofundada do conjunto da impetração e com a ouvida do *Parquet* federal.

No que toca à epidemia de Covid-19, exige-se a análise acerca do grau de risco da colocação do paciente em liberdade, conjugada com sua potencial inclusão (ou não) em grupos de risco já constatados cientificamente como mais propensos ao desenvolvimento dos sintomas mais graves da doença. Prestigiam-se a saúde e a dignidade humana, nos casos em que há maior risco à vida em relação à média da população. Neste caso, não foram trazidos elementos concretos de ordem médica e clínica que demonstrem a inclusão do paciente em algum dos grupos de risco para Covid-19, ou risco iminente que impeça sua manutenção no sistema penitenciário. O paciente tem quarenta e sete anos de idade, e não foi informado que possua doenças graves que configurem comorbidades que majorem sensivelmente riscos no que tange à Covid-19. Não se tem aqui, pois, caso em que a soltura deva se dar por razões de saúde/humanitárias.

Por conseguinte, e ante a fundamentação concreta do ato apontado como coator (do qual não se extraem ilegalidades patentes ou desconsideração de elementos fáticos de alta relevância), ponderado o fato de se tratar de cognição sumária e inaugural, deve ser indeferido o pedido de concessão de liminar.

Ante o exposto, INDEFIRO o pleito de concessão de provimento liminar.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5033360-15.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: JULIO CESAR LIMA BENITEZ

IMPETRANTE: GABRIEL COSTA SODRE DA SILVA, VALTER CANDIDO DOMINGOS

Advogados do(a) PACIENTE: VALTER CANDIDO DOMINGOS - PR22116, GABRIEL COSTA SODRE DA SILVA - PR98262

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 liminar, impetrado por Gabriel Costa Sodre da Silva em favor de JÚLIO CESAR LIMA BENITEZ contra ato do MM. Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Dourados/MS nos autos da ação penal nº 5001945-50.2020.4.03.6002.

Segundo o impetrante, o Paciente foi preso em flagrante (presumido) no dia 02/08/2020, por infração aos artigos 33 e 40, I, da Lei 11.343/06.

Do auto de prisão em flagrante constou que o paciente e Nélio Alves de Oliveira, após desobediência à ordem de pouso expedida pela Força Aérea Brasileira, foram perseguidos por policiais do 8º Batalhão da Polícia Militar que localizaram aeronave de fabricante Beech Aircraft, ano de fabricação 1978, modelo 58, caída em meio a plantação de cana da Usina Adecoagro de Ivinhema/MS, sem ocupantes, tendo localizado em seu interior diversos fardos de cocaína e pasta base de cocaína, mais especificamente 486 kg de cocaína e 30 kg de pasta base para cocaína.

A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva em 03/08/2020, a pedido do Ministério Público Federal, fato que ensejou a impetração do habeas corpus nº 5022534-27.2020.4.03.0000, cuja ordem restou denegada pela e. 11ª Turma desta Corte.

O pedido de revogação da prisão preventiva foi renovado em 18/08/2020 e indeferido pelo magistrado a quo ao fundamento de “*que o requerente não teria trazido elementos que demonstrassem a alteração do quadro fático-jurídico ensejador da medida*”.

Em audiência no dia 24/11/2020 a defesa formulou pedido de relaxamento da prisão, sustentando excesso de prazo que novamente restou indeferido.

Neste cenário, sustentando que a excepcionalidade da prisão preventiva, que não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada, a primariedade do paciente, que não possui antecedentes criminais, tem residência fixa, exerce atividade lícita na qualidade de empresário e, “*aliado aos longos períodos em que o Juízo demorou para dar andamento a instrução processual, em conjunto com o fato da redesignação da audiência de instrução e julgamento – extrapolando o prazo previsto em lei para manutenção da prisão – requer a revogação da prisão preventiva com a substituição por medidas cautelares.*”

A autoridade coatora prestou informações (ID 149881222)

É o relatório.

Das informações prestadas pela autoridade coatora extraísse que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva em 03/08/2020 para aplicação da lei penal e garantia da ordem pública: que a denúncia foi oferecida em 14/09/2020; recebida a denúncia em 07/10/2020; citação do paciente em 15/10/2020; defesa preliminar apresentada em 21/10/2020; realizada audiência de instrução no dia 07/12/2020; designada nova audiência para 08/01/2021, para oitiva de testemunhas e interrogatórios dos acusados.

A autoridade impetrada instada a prestar informações, em revisão, prolatou decisão renovando o decreto de prisão preventiva nos seguintes fundamentos:

“*Em revisão, constata-se que persistem os fundamentos que ensejaram a decretação da prisão preventiva do réu Julio Cesar Lima Benitez para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, eis que não foi comunicado nenhum fato novo apto a infirmar as conclusões anteriores.*”

Nem há que se falar em ilegalidade da prisão por motivo de excesso de prazo. Muito pelo contrário, há uma marcha dentro da normalidade, com audiência de instrução agendada para o dia 08/01/2021. A coleta de provas está em vias de encerramento, tanto que o reclamante está preso há 137 dias. O excesso de prazo capaz de justificar a revogação da prisão preventiva, ou a substituição por outras medidas cautelares, é decorrente da inércia injustificada do poder judiciário, capaz de ser entendida como configuradora de constrangimento ilegal ao preso, o que não se verifica no caso.

Ainda que se conte o recesso, ficará menos dos 168 dias apontados pelo Conselho Nacional de Justiça como razoáveis, nos termos do manual de práticas Criminais (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual-rotina-varas-criminais-cnj.pdf>, acesso em 14/12/2020).

Somente haveria configuração de excesso de prazo a partir de 125 dias, e, em situações excepcionais, 168 dias.

Outrossim, na forma da Lei de drogas, acrescentam-se trinta dias para conclusão do inquérito, o que implica 198 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 a presente. ”

A princípio destaco que conforme já decidido no habeas corpus nº 5022534-27.2020.4.03.0000, julgado em 14/09/2020, pela e. 11ª Turma, a prisão preventiva decorreu de decisão suficientemente motivada, demonstrando a presença dos pressupostos necessários para sua decretação.

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 peremptórios e sua dilação, dentro dos limites razoáveis, é justificada diante das circunstâncias do caso concreto. Com 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. PRECARIIDADE 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 características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar como 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 complexidade do caso concreto, tendo em vista na 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, garantirem ao recorrente 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.

Dito isso, ante as informações prestadas, não vislumbro o aventado excesso de prazo atribuível ao Poder Judiciário.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

Dê-se vista dos autos à Procuradoria Regional da República, para parecer.

P.I.

São Paulo, 21 de dezembro de 2020.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL (1710) N° 5033941-30.2020.4.03.0000

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

IMPETRANTE: GATTI VEICULOS LTDA - EPP

Advogados do(a) IMPETRANTE: CELSO EDUARDO MARTINS VARELLA - SP285580, RODRIGO JOSE CRESSONI - SP265165-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LIMEIRA/SP - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra suposto ato do Juízo da 1ª Vara Criminal da Subseção de Limeira da Seção Judiciária de São Paulo, que teria indeferido o pedido de liberação do veículo Volkswagen, modelo Tiguan 2.0 TSI, placa ENQ-4646, cor preta, ano de fabricação/modelo 2009/2010, CHASSI N° WVGSV65N7AW024193, realizado por terceiro interessado.

A impetrante sustenta que atua no ramo varejista de veículos automotores novos e usados desde 28/09/2000 e que foi constituída antes da instauração do processo 0001089-49.2014.4.03.6143.

Alega que adquiriu o veículo em 23/09/2013 e que o Certificado de Registro de Veículo é datado de 27/02/2014. Afirma que, após efetuar a venda do referido veículo, ao tentar transferi-lo para o novo proprietário, foi surpreendida por um bloqueio judicial de 15/05/2014.

Prossegue, aduzindo que, apesar do Juízo coator lhe dar a oportunidade para se manifestar e provar que o veículo não era e não é produto de ilícito criminal, condicionou a liberação do bem ao pagamento de R\$ 56.216,00 (cinquenta e seis mil duzentos e dezesseis reais).

Afirma que o condicionamento ao pagamento de tal penalidade significa abuso de autoridade e equivale a negar o seu pedido de liberação do veículo como terceiro interessado.

Requer seja concedida medida liminar, determinando-se a liberação do veículo e, após as informações prestadas pela autoridade coatora, bem como a manifestação do Ministério Público, que seja definitivamente concedida a segurança, confirmando-se a liminar, e ainda requer seja deferida a Justiça Gratuita e a isenção das custas de diária de permanência em pátio e demais valores e taxas inerentes a apreensão do veículo.

É o relatório.

Em uma análise perfunctória, própria desta fase procedimental, não vislumbro o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* indispensáveis ao deferimento da medida liminar.

A impetrante volta a esta Corte com questão que já foi objeto de decisão no Agravo de Instrumento n° N° 0021647-41.2014.4.03.0000/SP, julgado por esta Corte, em 28/04/2015, no qual assim restou assentado meu voto:

Ao analisar o pedido de efeito ativo, proferi a seguinte decisão:

"Do compulsar dos autos e dos argumentos apresentados na inicial, constata-se, em juízo sumário de cognição, que a agravante está na posse do veículo marca Volkswagen, modelo Tiguan 2.0 TSI, placa ENQ4646, cor preta, ano fabricação/modelo 2009/2010, chassi, n.º WVGSV65N7AW024193, desde setembro de 2013.

Neste contexto, considerando que o bem está na posse da agravante, a discussão, objeto do presente recurso, reside em averiguar se remanesce ou não o direito de proceder sua transferência à terceira pessoa, junto ao DETRAN. Não havendo risco de perecimento do bem, não vislumbro a presença do requisito da lesão grave de difícil reparação a amparar o pleito de antecipação da tutela recursal que ora INDEFIRO."

Com efeito, após o processamento do presente recurso observo não existir nos autos elementos capazes de modificar o entendimento adotado no momento em que proferida a decisão acerca do pedido de efeito ativo. Vejamos.

O art. 130, inciso II, do Código de Processo Penal assim dispõe:

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 28/12/2020 657/666

Art. 130. O sequestro poderá ainda ser embargado:

(...)

II - pelo terceiro, a quem houverem os **bens sido transferidos a título oneroso**, sob o fundamento de tê-los **adquirido de boa-fé**.

Parágrafo único: Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória. Grifei.

Além da existência de óbice legal expresso à pretensão recursal, previsto no parágrafo único do artigo acima descrito, os documentos juntados pela agravante sequer comprovam os dois requisitos imprescindíveis à sua pretensão, previstos no inciso II do mesmo dispositivo legal, quais sejam, a transferência do bem a título oneroso, bem como a sua aquisição de boa-fé.

Isso porque não obstante a agravante declare se tratar de empresa atuante no mercado varejista de compra e venda de veículos, deixou de juntar o indispensável contrato social e eventuais posteriores alterações (na forma do art. 1.053 c.c art. 997, inciso II, ambos do Código Civil), motivo pelo qual não restou cabalmente comprovada a origem lícita do negócio jurídico primevo, realizado entre a parte agravante e o investigado Antônio Carlos, como bem apontou o parquet federal.

Apesar de a agravante ter juntado aos autos cópia do documento de transferência da propriedade do veículo, datada de 25/02/2014, com o valor de R\$ 71.000,00 (fls. 34), quedou-se inerte quanto à juntada de qualquer comprovante de efetivo pagamento (cheque, TED, DOC, ou mesmo um recibo assinado pelas partes), apto a demonstrar a transferência a título oneroso.

Além disso, toda documentação juntada aos autos, com o objetivo de comprovar a regular negociação do veículo litigioso, foi produzida unilateralmente pela empresa agravante, provavelmente, em seu sistema eletrônico de avaliação e venda de carros (fls. 31/32 e fls. 35/36), o que não traz a certeza necessária do quanto ocorrido, mesmo porque os fatos não se mostram tão usuais.

Com efeito, infere-se que, no dia 23/09/2013, a GATTI avaliou o veículo usado de Antônio Carlos, no valor de R\$ 71.000,00 (fls. 31/32), o qual, somente cinco meses após (em 25/02/2014) assinou a autorização para sua transferência em favor da agravante, apontando o mesmo valor de R\$ 71.000,00 (fls. 34).

Posteriormente, em 26/05/2014, a agravante ofereceu à venda o referido veículo a Ronando Ferreira Pimenta de Moraes Arias, com o valor da proposta em R\$ 69.310,00 (fls. 35/37), ou seja, sem que auferisse qualquer lucro com a transação (e até mesmo obtivesse prejuízo).

Conforme demonstrado pelo Ministério Público Federal (fls. 67):

*Aliás, análise da tabela FIPE vigente no mês da suposta negociação (anexa à presente manifestação) aponta que o valor de mercado do veículo é de **R\$ 73.256,00**, aumentando ainda mais a atipicidade da transação.*

Ademais, é certo que a decisão que determinou o sequestro do veículo em questão fora proferida após a transferência de sua propriedade à agravante, entretanto a "investigação que originou a ação penal em questão data de maio de 2013, muito antes da suposta transação. É mais importante: a data da suposta transação comercial "de boa fé" (23/09/2013, fl. 31) envolvendo a agravante e Antônio Carlos Rodrigues (codinome VALESKA) se deu apenas duas semanas após sua prisão em flagrante, em 12/09/2013, na posse de US\$20.000,00 (documento em anexo)." (fls. 68).

Por fim, não custa ressaltar, uma vez mais, que a agravante encontra-se na posse do veículo litigioso e, caso entenda pela necessidade de disposição do bem para terceiro, poderá se valer do permissivo inserto no art. 131, inciso II, do Código de Processo Penal e prestar caução idônea perante o MM. Juízo de origem.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

Só este fato já seria o suficiente para indeferir o pleito liminar.

E, ao contrário do que afirma em sua inicial, o assunto já foi objeto de várias decisões proferidas pelo Juízo de Primeiro Grau (ID nº 149883750 – fls. 40, quando o seu pedido foi indeferido, de 14/08/2014; fls. 132, a mencionada pelo impetrante em sua inicial, proferida em 12/06/2017; fls 137, quando foi rejeitado o pleito de proceder a uma caução de R\$ 22.500,00 – 09/10/2017 e fls. 142, na qual foi indeferido o requerimento de substituição do bem objeto de sequestro, essa de 06/12/2017).

Ainda que se considere a última decisão, de 06/12/2017, não estão presentes os requisitos de admissibilidade, pois decorrido o prazo decadencial de 120 dias previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009, que dispõe:

"O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado".

Ultrapassado o prazo legal peremptório para ingresso do mandado de segurança, opera-se a decadência do direito ao manejo do *mandamus*, o que impede sua análise de fundo, conforme precedente que colaciono a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL. DELITO AMBIENTAL. PESSOA JURÍDICA. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA ORA SUSCITADA PELA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. DE CURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE 120 DIAS, CONTADOS DA CIÊNCIA, PELO INTERESSADO, DO ATO IMPUGNADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 23 DA LEI 12.016/2009. IMPETRAÇÃO INTEMPESTIVA. MANDAMUS NÃO CONHECIDO, REVOGANDO-SE A MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA.

[...][2. Em parecer acostado às fls. 262/267, a Procuradoria Regional da República manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento do presente mandamus, em virtude do decurso do prazo decadencial previsto no artigo 23 da Lei 12.016/2009, ao estabelecer que "o direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado". 3. Razão assiste ao órgão ministerial quanto à preliminar de decadência ora suscitada às fls. 262-v/263 de seu parecer. 4. De fato, **restou caracterizada, na hipótese, a decadência do direito de impetrar o presente mandamus, ante o decurso do prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da ciência, pelo impetrante, do ato impugnado, seja considerando a decisão judicial que recebeu a denúncia no bojo da Ação Penal n. 0000019-21.2014.403.6135** relativamente à pessoa jurídica em 21/02/2014 (fls. 46/47), seja tendo em conta a decisão judicial de 24/06/2014 (fl. 50), que rejeitara a preliminar defensiva de inépcia da denúncia e afastara a absolvição sumária para dar prosseguimento à referida ação penal, ao passo que a impetração deste atual Mandado de Segurança n. 0018437-11.2016.4.03.0000 veio a ser protocolizada pela pessoa jurídica PETROBRAS TRANSPORTE S/A TRANSPETRO tão somente em 05/10/2016, portanto, quando há muito já havia decaído seu respectivo direito de impetração, notadamente, há mais de dois anos. 5. Mandamus não conhecido, revogando-se a medida liminar concedida. (TRF3. Mandado de Segurança Criminal nº N° 0018437-11.2016.4.03.0000/SP. Décima Primeira Turma. Relator Desemb. Fed. José Lunardelli. Julgado em 24/10/2017) - grifei

Além de não ser o caso de conhecimento da impetração, também não vislumbro a verossimilhança das alegações, com já assentado anteriormente.

Pelo exposto, indefiro o pedido liminar.

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

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

P.I

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5034027-98.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: JURANDIR GUIMARAES ZEM JUNIOR

IMPETRANTE: GISELLE BORGHESI ARRUDA

Advogado do(a) PACIENTE: GISELLE BORGHESI ARRUDA - SP369096

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE RIBEIRÃO PRETO/SP - 2ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JURANDIR GUIMARÃES ZEM JUNIOR contra ato do MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP que, nos autos nº 5008336-12.2020.403.3102 (vinculados ao IP nº 5002203-51.2020.403.6102), indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do ora PACIENTE.

Narra a impetrante (ID 150094080) que JURANDIR foi preso em flagrante delito no dia **15 de novembro de 2019** por suposta tentativa de estelionato contra a Caixa Econômica Federal (crime capitulado no art. 171, §3º, c.c. o art. 14, ambos do Código Penal). Afirma que, em **28/02/2020** foi concedida liberdade provisória mediante fiança e, em **04/03/2020**, o PACIENTE foi solto. Narra, ainda, que no momento da prisão em flagrante, foram apreendidos na residência do PACIENTE um aparelho celular e um notebook, os quais foram submetidos à perícia, após autorização judicial de afastamento de afastamento de sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas eventualmente armazenadas nos aparelhos. Aduz a impetrante que, a partir dos dados obtidos na perícia, foram descobertos indícios do cometimento de outros delitos (estelionato, fabricação e uso de documento falso), o que motivou a instauração de inquérito policial, no bojo do qual foi determinada a prisão temporária do ora PACIENTE (**preso em 07/12/2020**), posteriormente convertida em prisão preventiva (ato apontado como coator).

Sustenta a impetrante que a prisão preventiva de JURANDIR é ilegal, porque os fatos apurados a partir dos dados contidos no celular e no notebook do PACIENTE, apreendidos em novembro de 2019, estão relacionados ao ano de 2019 e, portanto, não são contemporâneos à decretação da custódia cautelar.

Aduz, ainda, que a medida é desnecessária e desproporcional, pois os demais investigados por suposto envolvimento nas práticas delitivas não teriam sido presos preventivamente e porque foi lastreada apenas na gravidade em abstrato do delito, que não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.

Além disso, a impetrante sustenta que o PACIENTE é possuidor de doença crônica asmática e pai de uma criança com menos de seis anos de idade, por ele provida economicamente com exclusividade, razão pela qual faria jus à concessão da prisão domiciliar, nos moldes previstos na Resolução do CNJ nº 62/2020 e em sintonia com a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* coletivo de nº 165.704.

Pede, assim, liminarmente a concessão da liberdade provisória em favor do Paciente ou a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas ou, subsidiariamente, a concessão de prisão domiciliar. No mérito, pugna pela confirmação da liminar com a concessão definitiva da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório do essencial.

DECIDO.

Ao menos em sede de juízo sumário de cognição não vislumbro elementos que evidenciem o constrangimento ilegal apontado pelo impetrante.

A decisão que converteu a prisão em temporária em preventiva foi assim fundamentada (ID 150094249 – grifos meus):

“[...]

Segundo a autoridade policial, através da análise do material apreendido com Jurandir, em especial, seu aparelho celular, foi possível identificar os demais participantes da empreitada criminosa, em especial, as dez pessoas em face das quais formulada a presente representação, e modo de agir, conforme descrito na informação nº 01/2020 – UIP/DPF/DVS/MG, constante nos autos.

Ademais, no do Relatório Técnico (RT) GEIPF 0037/2020 (fls. 252/267 dos autos), complementado pelo RT GEIPF 0043/2020 (fls. 268/272 dos autos), a CEF informou que as cotas do PIS são pagas de forma automática, bastando a identificação do beneficiário em qualquer agência para os saques e que os mesmos foram efetuados pelos identificados na planilha anexa, com documentos falsos encontrados no computador de Jurandir.

Há, ainda, especificação dos saques e a participação e uso de documentos por cada um dos representados nos autos, fatos que, segundo a autoridade policial, comprovaria que os estelionatários continuariam atuando mesmo após a prisão de Jurandir, ocorrida em 15/11/2019.

[...]

Narra, agora, a autoridade policial que as prisões e buscas e apreensões foram cumpridas no dia 07/12/2020 e permitiram identificar aqueles que possuíam uma associação mais estável e os que, eventualmente, mantinham contatos esporádicos com vistas a obter documentos falsificados, de tal forma a se excluir do pedido de prisão preventiva tais investigados.

Em relação aos ora representados, sustenta a autoridade policial na presente representação que:

“...6. Foi possível estabelecer que atuavam juntos de forma habitual e estável, com a finalidade de praticar fraudes na obtenção de benefícios de natureza social. 7. Nesse momento, para se evitar repetições desnecessárias, fazemos remissão a Informação 001/2020 às fls. 140, o Relatório Técnico 037/2020 às fls. 252, o Relatório Técnico 043/2020 às fls. 268, que embasaram o Relatório Parcial e Representação às fls. 301, referente às medidas pleiteadas e deferidas de busca e apreensão e prisão temporária, o qual deu origem ao processo nº 5002203-51.2020.4.03.6102.

[...]

21. Por fim e o mais importante dos investigados, JURANDIR GUIMARÃES ZEM JUNIOR, o grande mentor dos documentos falsos, responsável por uma cadeia de acontecimentos criminosos que causou grande prejuízo ao erário. 22. Todos os investigados no presente IPL de uma forma ou de outra, em maior ou menor intensidade, mantem contato com JURANDIR para obtenção de documentos falsos. 23. JURANDIR é referência e solicitado a todo o momento para a falsificação de documentos, bem como, a condução da operacionalização do saque fraudulento de determinado benefício, em razão de sua experiência. 24. Desde os primórdios JURANDIR aparece como o personagem central das investigações, responsável por providenciar os recursos materiais e a execução dos crimes, e não só isso, JURANDIR possui extensa ficha criminal, que demonstra uma personalidade existente há vários anos voltada ao mundo do crime como forma de vida e fonte de renda, verificasse um cabedal de crimes, com registro, inclusive, de homicídio qualificado. – INQUERITO POLICIAL N° 348/1999 — 6° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP; - INQUERITO POLICIAL N° 21/2000 — D.P. INV GER R. PRETO. Enquadramento no art. n° 121 5 2 inc. II e art. 29, todos do CP. Denunciado e sentença em 30/10/2020, não sendo informada qual. - INQUERITO POLICIAL N° 93/2000 — 3° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP; Denunciado - INQUERITO POLICIAL N° 300/2002 — DEL. POL. JARDINOPOLIS. Enquadramento no art. n° 155 5 4° inc. IV, c/c art. 14, inc. II e art. 304, todos do CP. Condenado a 02 anos de reclusão. Sentença em 26/01/2009. - INQUERITO POLICIAL N° 106/2003 — 2° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP; - INQUERITO POLICIAL N° 195/2003 — 5° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP. Absolvido em 29/09/2007 - INQUERITO POLICIAL N° 423/2003 — 6° DP/RPO. Enquadramento no art. 171 CP. Condenado em 30/05/2007 pela 1° Vara Criminal de Ribeirão Preto. Não informada a sentença. - INQUERITO POLICIAL N° 419/2004 — 2° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP e art. 299, todos do CP. Condenado a 01 ano e dois meses de reclusão pela 1° Vara de Ribeirão Preto, processo 1562/2004; - INQUERITO POLICIAL N° 57/2005 — D.P. INV GER R. PRETO. Enquadramento nos arts. 297, 297,299, e 304, todos do CP. Condenado a 04 anos de reclusão pela 1° Vara de Ribeirão Preto, processo 539/2005; - INQUERITO POLICIAL N° 106/2005 — 6° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP. Condenado pela 4° Vara de Ribeirão Preto, processo 22448/2005 (não foi informado tempo de sentença) - INQUERITO POLICIAL N° 159/2005 — 6° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP. Condenado pela 3° Vara de Ribeirão Preto, processo 30405/2005 a 1 ano de reclusão; - INQUERITO POLICIAL N° 507/2005 — 2° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 e art. 297, todos do CP; - INQUERITO POLICIAL N° 210/2009 — 8° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171, c/c art. 14 do CP. - INQUERITO POLICIAL N° 277/2009 — 3° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP; - INQUERITO POLICIAL N° 116/2009 — 3° DP/ RPO. Enquadramento no art. 171 CP; - INQUERITO POLICIAL N° 0425/2019-4-DPF/RPO/SP, indiciado no art. 171, §3°, c/c art. 304, art. 294 e art. 180, todos do CP; - PROCESSO 607/2002, 7° VARA DA JUSTIÇA FEDERAL DE RIBEIRÃO PRETO, condenado com base no art. 171 do OP a 3 anos e 06 meses de reclusão. Sentença em 22/01/2007. 25. Ao analisarmos os Relatórios Técnicos 037/2020 (fls. 252) e 045/2020 (fls. 268), foi identificado que JURANDIR falsificou os comprovantes de endereço, porque deixava seu telefone como contato, muito provavelmente, não imaginando que haveria uma análise minuciosa e, também, como forma de manter as aparências se passando pelo beneficiário vítima caso o banco ligasse para confirmar o endereço. 26. É importante registrarmos que JURANDIR no dia do cumprimento das medidas empreendeu fuga e foi localizado em região de mata próximo à sua casa, conforme consta às fls. 395 do auto circunstanciado assinado pelas testemunhas. 27. Percebe-se assim que não há outra maneira de garantir a ordem pública e cessar as ações de JURANDIR e do grupo, que não seja com encarceramento de todos, medida extrema que se faz necessária no presente caso.”

[...]

Ademais, há informações nos autos do inquérito policial de que houve tentativa de evasão por parte do investigado JURANDIR quando do cumprimento do mandado de prisão temporária e há notificação de expulsão do território nacional do investigado WALID feita em 07/12/2020, de tal forma que, caso colocados em liberdade após o fim do prazo da prisão temporária, há manifesta probabilidade de que os investigados possam se evadir e frustrar a medida ora requerida.

Passo, assim, à análise da presente representação.

Dos indícios de autoria e materialidade

Há indícios suficientes de autoria e materialidade da prática dos crimes previstos nos arts. 171, § 3°, 180, 288, 294, 297 e 304, todos do Código Penal, por parte de JURANDIR GUIMARÃES ZEM JUNIOR e seus comparsas, uma vez houve a prisão em flagrante do investigado e foi apreendido vasto material utilizado nas infrações, notadamente o aparelho celular de JURANDIR, que possibilitou a identificação de diversos comparsas e o modus operandi da associação criminosa, conforme a mencionada Informação n° 01/2020 -UIP/DPF/DVS/MG, na qual a fotografias dos investigados, descrição minuciosa do modus operandi e provas da participação de cada um nos fatos.

Há extensa documentação e informações em mídias eletrônicas apreendidas utilizadas para falsificar documentos utilizados nas fraudes, com identificação das trocas de mensagens entre os investigados, bem como meios pelos quais os crimes eram cometidos, com identificação da conduta de cada envolvido, suficiente para demonstrar a existência de estabilidade, associação e prática reiterada dos mesmos crimes, pelos mesmos modos.

Além disso, o Relatório Técnico da CEF (RT) GEIPF 0037/2020, complementado pelo RT GEIPF 0043/2020 e e-mail “GEIPF22”, são elementos materiais que comprovam alguns saques fraudulentos e novas tentativas mesmo após a prisão de Jurandir, indicando a existência de organização criminosa que não se deteve com a prisão de um de seus participantes e continua a agir, de forma a justificar as medidas requeridas pela Polícia Federal e MPF.

[...]

No caso dos autos, em relação a parte dos investigados, a prisão preventiva efetivamente se mostra imprescindível para a cessação da atividade criminosa, a garantia da ordem pública e a regular instrução processual, posto que as condutas identificadas primeiramente com a prisão do investigado JURANDIR, no dia 15/11/2019, continuaram a se repetir ao longo do ano de 2020.

O teor da Informação Policial n° 01/2020, na qual consta que foram identificados, por meio da análise dos equipamentos apreendidos com JURANDIR, diversos integrantes da organização criminosa, bem como as informações de que eles continuam a atuar, não obstante a prisão de JURANDIR, tem-se que a prisão preventiva é imprescindível para cessar a atividade criminosa e garantir a ordem pública, bem como, para a continuidade da investigação levada a efeito no presente inquérito, pois o encarceramento - ainda que temporário - dos investigados faz cessar os atos delitivos momentaneamente, oportunizando o aprofundamento das informações colhidas e uma melhor assimilação das provas eventualmente encontradas pelas autoridades policiais.

Além do mais, frise-se haver fundadas razões de autoria e participação no crime de quadrilha ou bando, do CP (art. 1, III, alínea "I", Lei 7960/89). Portanto, não há dúvidas de que as condições de admissibilidade para a aplicação da prisão preventiva estão presentes. As condutas apuradas, ademais, são extremamente graves. E não se trata aqui de gravidade em abstrato, mas sim de gravidade concreta, amparada em diversos elementos de prova que apontam neste sentido. Outrossim, há evidente risco à ordem pública, caracterizado pelo risco de reiteração delitativa, pois apurou-se que as práticas criminosas são recorrentes pelos investigados, acreditando-se que somente a restrição de liberdade será capaz de resguardar a ordem pública, impedindo que eles continuem a praticar as condutas ilícitas e que destruam provas.

Quanto à individualização das condutas, os indícios são suficientes para demonstrar que JURANDIR GUIMARÃES ZEM JUNIOR atuou como mentor e principal "produtor" dos documentos falsos, os quais eram fornecidos aos demais representados, de forma contínua e sistemática, para a prática de crimes em face do erário público, conforme confessou o próprio investigado em seu depoimento prestado à autoridade policial em 07/12/2020, juntado nos autos do inquérito policial, no qual mencionou a atuação em conluio com ONILTON, CLAYTON, OSVALDO e WALID.

Como bem colocado pela autoridade policial, "...todos os investigados no presente IPL de uma forma ou de outra, em maior ou menor intensidade, mantem contato com JURANDIR para obtenção de documentos falsos.

[...]"

Pelos mesmos fundamentos, o pedido de concessão de liberdade provisória foi rechaçado (ID 150094255):

"[...]"

Quanto à contemporaneidade dos fatos, tal questão já foi suficientemente abordada na decisão que decretou a prisão preventiva.

Os indícios são suficientes para demonstrar que JURANDIR GUIMARÃES ZEM JUNIOR atuou como mentor e principal "produtor" dos documentos falsos, os quais eram fornecidos aos demais representados, de forma contínua e sistemática, para a prática de crimes em face do erário público, conforme confessou o próprio investigado em seu depoimento prestado à autoridade policial em 07/12/2020, juntado nos autos do inquérito policial, no qual mencionou a atuação em conluio com ONILTON, CLAYTON, OSVALDO e WALID.

Como bem colocado pela autoridade policial, "...todos os investigados no presente IPL de uma forma ou de outra, em maior ou menor intensidade, mantem contato com JURANDIR para obtenção de documentos falsos. 23. JURANDIR é referência e solicitado a todo o momento para a falsificação de documentos, bem como, a condução da operacionalização do saque fraudulento de determinado benefício, em razão de sua experiência. 24. Desde os primórdios JURANDIR aparece como o personagem central das investigações, responsável por providenciar os recursos materiais e a execução dos crimes, e não só isso, JURANDIR possui extensa ficha criminal que demonstra uma personalidade existente há vários anos voltada ao mundo do crime como forma de vida e fonte de renda, verificasse um cabedal de crimes, com registro, inclusive, de homicídio qualificado....25. Ao analisarmos os Relatórios Técnicos 037/2020 (fls. 252) e 045/2020 (fls. 268), foi identificado que JURANDIR falsificou os comprovantes de endereço, porque deixava seu telefone como contato, muito provavelmente, não imaginando que haveria uma análise minuciosa e, também, como forma de manter as aparências se passando pelo beneficiário vítima caso o banco ligasse para confirmar o endereço. 26. É importante registrarmos que JURANDIR no dia do cumprimento das medidas empreendeu fuga e foi localizado em região de mata próximo à sua casa, conforme consta às fls. 395 do auto circunstanciado assinado pelas testemunhas."

Embora não tenham sido apreendidos outros objetos de falsificação por ocasião da busca e apreensão simultânea à prisão temporária, em poder de Jurandir, o fato é que com os demais partícipes da empreitada criminosa o foram. Quanto ao investigado OSVALDO ROSA FERREIRA, vulgo, BAIANO, seria o que mais aparece ao longo de todas as informações em evento de saques com JURANDIR, pois foram achados várias fotos e documentos com assinaturas a ele vinculados, bem como que a quebra do sigilo de dados do aplicativo whatsapp de JURANDIR, teria resultado na Informação 001/2020, que demonstraria intensa atuação de BAIANO na operacionalização dos saques fraudulentos, contando com o apoio de JURANDIR via aplicativo de mensagens, sendo constatadas várias fotos suas no computador e celular periciado de JURANDIR. Ademais, em seu interrogatório após a prisão temporária, assumiu ser o estelionatário até então desconhecido e mencionado nas informações da CEF, juntadas aos autos, em eventos de saques fraudulentos do benefício auxílio pescador e Relatório Técnico 043/2020 às fls. 268, relacionado a fraudes no saque do PIS em 2020.

Em relação a ONILTON JOSÉ DA SILVA, vulgo PADA, PADOCA, LEITEIRO, PPP, sua participação estaria relacionada ao saque de benefícios. Além disso, no cumprimento do mandado de busca e apreensão em sua residência no dia 07/12/2020, foi localizado documento de identidade em nome de DUARTE ANDRE RELVA RIBEIRO, com a foto de ONILTON, o que demonstra a contemporaneidade de indícios, no sentido de estar atuando com os saques fraudulentos, mediante uso de documento falso.

Por fim, com relação ao investigado WALID EL KHOURI, verifico que há grande quantidade de documentos e foi citado em diversos eventos relacionados aos saques fraudulentos de PIS, conforme constam dos Relatórios Técnicos 037/2020 e 043/2020. Além disso, WALID possuiria extensa ficha criminal que demonstra sua atuação no crime há muitos anos, fazendo disso seu estilo de vida e fonte de recursos. Vale apontar que os documentos comprovam que recentemente foi preso em flagrante por tentativa de saque fraudulenta de PIS em agência da CEF no município de Sarandí/PR, no qual foi concedida liberdade provisória pela 3ª Vara Federal de Maringá/PR, ainda em 2020.

Assim, há indícios de que as atuações de ONILTON, OSVALDO e WALID estão diretamente ligadas a JURANDIR, dado que não há elementos que demonstrem ter os últimos, capacidade técnica ou habilidade para a falsificação de documentos, não tendo sido apreendido nenhum instrumento para tal finalidade em suas residências, apenas documentos falsos e novas tentativas de saques no ano de 2020, de forma a demonstrar contemporaneidade dos fatos. Portanto, os indícios demonstram que os atos de produção e distribuição de documentos falsos por seus comparsas perdura mesmo após a primeira prisão em flagrante, demonstrando a existência da contemporaneidade dos fatos que motivaram a prisão preventiva.

Também não assiste razão à defesa quanto ao argumento de que estariam presentes os requisitos para extensão dos efeitos do HC 165.704, do STF. É certo que o investigado é pai de uma criança menor de 12 anos, todavia, seu filho encontra-se aos cuidados da genitora, a qual, por sua vez, pode encontrar amparo nos demais familiares de ambos os cônjuges, não se demonstrando ser essencial a contribuição de Jurandir no presente momento. Vale dizer, a criança não se encontra desassistida.

Ademais, o investigado confessa que não tem emprego formal e não demonstra fonte lícita de rendimentos, o que denota que o sustento advinha de atividades ilícitas cuja prisão preventiva visou cessar; conforme vastos indícios presentes no inquérito policial e demais medidas cautelares deferidas. Não estão presentes, assim, os requisitos do artigo 318, do CPP.

Rejeito, por fim, a alegação de que o investigado se enquadraria nos termos da Recomendação 62/2020, do CNJ.

Em primeiro lugar, verifico que o investigado padece de doença crônica, porém, não grave e que se encontra devidamente medicada, nos termos das informações fornecidas por ele próprio em sua audiência de custódia realizada por este Juízo em 14/12/2020.

De outro lado, o local onde se encontra recolhido (CDP Serrana/Ribeirão Preto/SP) adota todos os protocolos sanitários vigentes, não havendo notícias de surtos da doença no local, grave risco de infecção ou superlotação na unidade.

Por fim, ainda que não os crimes investigados não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça, a decretação da prisão se deu como forma de garantia da ordem pública, para cessar a atividade e desconstituir o grupo criminoso, o que não teria ocorrido com a adoção de outras medidas cautelares diversas da prisão.” - grifei

A impetrante aduz, em síntese, que a prisão preventiva é ilegal porque inexistente contemporaneidade entre os fatos apurados na investigação (que teriam ocorrido em 2019) e a decretação da custódia cautelar (que se deu em 11/11/2020). Sustenta, em prol da alegação, que os delitos eventualmente descobertos pela Polícia Federal a partir da análise dos dados e das comunicações registradas no celular e no notebook do PACIENTE datam, necessariamente, de mais de um ano atrás, já que referidos aparelhos foram apreendidos em 15/11/2019, quando da prisão em flagrante de JURANDIR por seu suposto envolvimento em um estelionato contra a Caixa Econômica Federal em São Sebastião do Paraíso.

Não é isso, contudo, o que se extrai dos fundamentos da decisão impetrada, especialmente dos trechos acima destacados.

Senão vejamos.

A investigação na origem teve início a partir da prisão em flagrante de JURANDIR GUIMARÃES ZEM JÚNIOR, no dia 15/11/2019, na cidade de São Sebastião do Paraíso/MG, após a realização de saques fraudulentos de valores do PIS, na agência da Caixa Econômica Federal naquela cidade, nos dias 13 e 14/11/2019.

Como bem resumido pela autoridade impetrada:

“Jurandir teria sido identificado a partir da identificação do veículo Voyage, placas FBN-6972, de Ribeirão Preto/SP, anotadas por um servidor da CEF. Após a abordagem policial, Jurandir teria confessado a prática criminosa e em seu veículo e em sua casa teriam sido encontrados aparelhos e documentos falsos utilizados nas fraudes. Os fatos foram apurados no IPL nº 425/2019-DPF/RPO/SP, tendo a Justiça Federal em São Sebastião do Paraíso/MG se declarado competente apenas para os fatos ocorridos naquela cidade, motivo pelo qual foi desmembrado o inquérito original e instaurado o presente, para apurar os crimes previstos nos artigos 171, § 3º, 180, 288, 294, 297 e 304, todos do Código Penal, por parte de JURANDIR GUIMARÃES ZEM JUNIOR e seus comparsas.

Segundo a autoridade policial, através da análise do material apreendido com Jurandir, em especial, seu aparelho celular, foi possível identificar os demais participantes da empreitada criminosa, em especial, as dez pessoas em face das quais formulada a presente representação, e modo de agir; conforme descrito na informação nº 01/2020 – UIP/DPF/DVS/MG, constante nos autos.”

Assim, em que pese as investigações tenham se originado em novembro de 2019, é certo que o inquérito, instaurado em 13/03/2020 (id. 150094248 - Pág. 1) seguiu seu curso, até a decretação da prisão preventiva ora impugnada, em dezembro de 2020. Dessa forma, é plenamente possível que a necessidade da custódia cautelar do PACIENTE tenha surgido após a apuração de novos fatos pela autoridade policial.

Diz-se que é possível pois a autoridade impetrada faz menção expressa ao Relatório Técnico nº 037/2020 que, elaborado já no curso do inquérito policial, evidenciaria a ocorrência de novos delitos, no ano de 2020. A propósito, transcrevo o seguinte trecho:

“Ademais, em seu interrogatório após a prisão temporária, assumiu ser o estelionatário até então desconhecido e mencionado nas informações da CEF, juntadas aos autos, em eventos de saques fraudulentos do benefício auxílio pescador e Relatório Técnico 043/2020 às fls. 268, relacionado a fraudes no saque do PIS em 2020.”

Anote-se, por relevante, que o Relatório Técnico 043/2020 é apenas uma complementação do relatório nº 037/2020, cujo teor foi indicado como fundamento para decretação da preventiva, inclusive quanto à contemporaneidade da segregação cautelar, mas que não foi juntado pela impetrante ao presente *writ*. Dessa maneira, só resta, neste momento de cognição sumária, apreciar a legalidade da decisão a partir da premissa de que os documentos nela referenciados oferecem lastro à custódia preventiva do ora PACIENTE.

E, nesses limites, tem-se que a argumentação invocada pela autoridade impetrada não ostenta ilegalidade aparente.

Restou consignado que os indícios angariados até o presente momento no inquérito policial apontam para JURANDIR como o responsável pela articulação do organismo criminoso, pela falsificação dos documentos e pela organização das fraudes nucleares do estelionato. Além disso, a autoridade dita coatora assinalou que a segregação cautelar do ora PACIENTE seria, em primeira análise, medida suficiente à cessação da atividade criminosa, já que os demais implicados não possuem, no entender daquele juízo, habilidades para a falsificação dos documentos imprescindíveis às fraudes pelos quais são investigados.

Assim, sem que estejam devidamente instruídos os autos com os elementos invocados pela autoridade impetrada para a decisão que decretou a prisão preventiva do ora PACIENTE não é possível conceder a liminar pretendida, pois não se pode afirmar, como pretende a impetrante, que inexistente contemporaneidade entre a decretação da medida de segregação cautelar e os fatos delitivos.

Ainda que assim não fosse, é certo que a impetrante não discute a presença dos indícios de materialidade e autoria do crime, nem contesta a relevância da participação de JURANDIR nos fatos objeto da investigação.

Não é demais consignar que constou da representação da autoridade policial pela prisão preventiva do ora PACIENTE que JURANDIR é investigado/processado/condenado pela prática de crimes de estelionato ou falsificação de documentos em mais de 14 (quatorze) inquéritos e ações penais, datando desde 2003.

Nesse cenário, havendo indícios de reiteração delitiva, a denotar risco à garantia da ordem pública, resta justificada a manutenção da custódia cautelar. Abaixo, precedente do Superior Tribunal de Justiça corroborando a manutenção da prisão preventiva em caso de reiteração delitiva:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. DESCAMINHO. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DELITIVA. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF). Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

2. No caso, o recorrente e corréu foram flagrados em posse de 75 caixas de cigarros de origem paraguaia e 1 volume de eletrônicos, tendo sido decretada sua prisão preventiva como forma de manutenção da ordem pública, em especial diante da sua contumácia delitiva, uma vez que ostenta histórico de cometimento de crimes, com condenação definitiva por tráfico e roubo, bem como ação penal em andamento pelo delito de receptação. Ainda, segundo relata a inicial, o recorrente foi agraciado com a progressão de regime, cumprindo a pena dos crimes anteriores em regime aberto. Não obstante, voltou, em tese, a delinquir, evidenciando a insuficiência de medidas mais brandas para obstar a reiteração delitiva.

3. Com efeito, a perseverança do agente na senda delitiva, comprovada pelos registros de crimes graves anteriores - inclusive, entre eles, condenação transitada em julgado -, enseja a decretação da prisão cautelar para a garantia da ordem pública como forma de conter a reiteração, resguardando, assim, o princípio da prevenção geral e o resultado útil do processo.

4. Ademais, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal são insuficientes para a consecução do efeito almejado. Ou seja, tendo sido exposta de forma fundamentada e concreta a necessidade da prisão, revela-se incabível sua substituição por outras medidas cautelares mais brandas.

5. Recurso desprovido. Recomenda-se, entretanto, de ofício, ao Juízo processante que reexamine a necessidade da segregação cautelar; tendo em vista o tempo decorrido e o disposto na Lei n. 13.964/2019.

(STJ, RHC 121223 / PR, Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/02/2020 Data da Publicação/Fonte DJe 13/02/2020).

Além disso, o *periculum libertatis* resta também evidenciado pela gravidade concreta das condutas, que envolvem saques de mais de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) de fundos do PIS e dezenas de falsificações de documentos (RG's e CRLVs). Em acréscimo, a tentativa do PACIENTE de empreender fuga, frustrando o cumprimento do mandato de prisão temporária expedido em seu desfavor, igualmente reforça a necessidade da custódia cautelar de JURANDIR, como fim de garantir a aplicação da lei penal.

A alegação de que os demais investigados não tiveram sua prisão preventiva decretada não beneficia o acusado, pois, nos termos da fundamentação expendida, a autoridade impetrada justificou a distinção no fato de que o ora PACIENTE seria o mentor da empreitada criminoso e que, sem sua coordenação e participação material na falsificação dos documentos utilizados para a prática das fraudes, os demais implicados não teriam condições de perpetuar os estelionatos. Por oportuno, confira-se a jurisprudência sobre o tema:

“HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS DE ORIGEM ESTRANGEIRA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE PRODUTOS ILÍCITOS APREENDIDOS. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DECISÃO QUE NÃO SE PAUTOU SOMENTE NA FALTA DE COMPROVAÇÃO DE ENDEREÇO FIXO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A decretação ou a manutenção da prisão preventiva depende da configuração objetiva de um ou mais dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para isso, o julgador deve consignar, expressamente, elementos reais e concretos indicadores de que o indiciado ou acusado, solto, colocará em risco a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

2. No caso, a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, mormente em razão da gravidade concreta do delito, evidenciada pelo modus operandi da conduta delituosa - contrabando de grande quantidade de cigarros de origem estrangeira, com a utilização de vários caminhões, que eram acobertados por um carregamento de sofás, com o intuito de dissimular o transporte ilícito -, pelo fato de o Paciente ser integrante de suposta organização criminoso e de ainda remanescer dúvida sobre a existência de endereço fixo em nome do Acusado. 3. Perfeitamente aplicável, na espécie, o entendimento de que "[n]ão há ilegalidade na decisão que decreta a prisão preventiva com base em elementos concretos aptos a revelar a real necessidade de se fazer cessar ou diminuir a atuação de suposto integrante de organização criminoso para assegurar a ordem pública" (STF, RHC n.º 144.284 AgR, Relator Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe 27/08/2018).

4. Da leitura do acórdão recorrido, é possível perceber que, diferentemente do alegado pela Defesa, a prisão do Paciente não está amparada apenas na dúvida sobre a veracidade do seu endereço residencial, sendo certo que, ainda que se reconhecesse que o Acusado possui endereço fixo, remanesceriam os demais fundamentos para manutenção do decreto prisional.

5. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

6. Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão.

7. O Impetrante não comprovou que o Paciente se encontra em situação idêntica em relação aos Corréus que foram beneficiados com a liberdade provisória pelo Juízo singular nos autos da ação penal, motivo pelo qual não há constrangimento ilegal a ser sanado.

8. Ordem de habeas corpus denegada.”

(STJ, 6ª Turma, HC 478095 / SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Data do Julgamento 10/09/2019 Data da Publicação/Fonte DJe 30/09/2019) - grifei.

Pelos mesmos motivos, descabe acolher o pedido de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas, já que elas se revelaram insuficientes para fazer cessar a prática delitiva.

Extensão dos efeitos do HC 165.704

A impetrante pede a extensão dos efeitos do Habeas Corpus coletivo concedido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos nº 165.704.

Aduz, em síntese, que o paciente é o único responsável pelo provimento econômico de seu filho, atualmente com dois anos de idade.

No entanto, o habeas corpus concedido coletivamente pela Suprema Corte tem como requisito que [em caso de concessão da ordem para pais] “*haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de deficiente, nos termos acima descritos*”.

Não é, contudo, o que se extrai dos autos, na medida em que o filho do ora PACIENTE reside com sua mãe, responsável atualmente pelos cuidados da criança, razão pela qual descabe conceder a prisão domiciliar requerida no presente writ.

Pandemia de coronavírus

Outrossim, tal como decidido pela autoridade impetrada, a atual pandemia de coronavírus não constitui, por si só, fundamento para a revogação da preventiva, cabendo a análise pelo magistrado diante do caso concreto. Em outras palavras, a ameaça do Covid-19 (coronavírus), que atinge a população mundial de um modo geral, embora enseje a necessidade de adoção de medidas para frear a propagação da epidemia, não pode servir de fundamento para a concessão de liberdade a presos provisórios, indistintamente.

Acresça-se ainda que a Recomendação contempla a hipótese de que, a qualquer tempo, presos provisórios, nos “casos suspeitos ou confirmados de Covid-19”, tenham uma solução adequada, o que reforça que sequer o resultado positivo para a doença impõe, necessariamente, a revogação da prisão preventiva. Confira-se o artigo 10 da Recomendação:

“Art. 10. Recomendar o procedimento a ser adotado para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19 no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo, adotando-se as providências:

I – separação de pessoa que apresentar sintomas envolvendo tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar, batimento das asas nasais ou febre, ou que teve contato próximo de caso suspeito ou confirmado de infecção pelo vírus, bem como o encaminhamento imediato para implementação de protocolo de tratamento de saúde previsto pelo Ministério da Saúde para os casos suspeitos de Covid-19 e sua devida notificação à Secretaria Municipal de Saúde;

II – encaminhamento imediato para tratamento em unidade de saúde de referência das pessoas que apresentem dificuldades respiratórias graves associadas à Covid-19;

III – comunicação imediata ao juízo competente para avaliar a substituição da prisão ou medida socioeducativa de meio fechado por medida não privativa de liberdade, particularmente na ausência de espaço de isolamento adequado ou de equipe de saúde, nos termos da presente recomendação.

Parágrafo único. Deve ser assegurado o pleno direito à informação sobre as providências adotadas em virtude de suspeita ou confirmação de diagnóstico de Covid-19 às pessoas privadas de liberdade, bem como a seus familiares e defensores.”

E, no caso concreto, a autoridade impetrada afirmou que “o local onde se encontra recolhido (CDP Serrana/Ribeirão Preto/SP) adota todos os protocolos sanitários vigentes, não havendo notícias de surtos da doença no local, grave risco de infecção ou superlotação na unidade”. Não se constata, assim, risco aumentado de infecção a justificar a concessão de liberdade provisória ao PACIENTE em razão da atual pandemia de coronavírus.

Por todos os fundamentos acima expostos, não se vislumbra ilegalidade flagrante no ato dito coator que justifique a concessão da medida liminar pleiteada.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, INDEFIRO ALIMINAR.

Requisite-se informações à autoridade impetrada, solicitando-lhe a presteza de encaminhar cópia do Relatório Técnico nº 037/2020, mencionado na decisão que decretou a prisão preventiva do ora PACIENTE.

Com a vinda das informações, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Sublinhe-se que, em razão do cenário atual, o cumprimento do *decisum* se dará nos moldes e observando-se as limitações previstas nas Portarias Conjuntas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e das Seções Judiciárias da Justiça Federal de São Paulo e de Mato Grosso do Sul, tendo em vista a edição da Resolução nº 313 de 19 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

P. I.

São Paulo, 22 de dezembro de 2020.