



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 1/2021 – São Paulo, segunda-feira, 04 de janeiro de 2021

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SECRETARIA DA PRESIDÊNCIA

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA CÍVEL (11556) Nº 5034136-15.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. Presidência

REQUERENTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) REQUERENTE: ROBERTO SANTANALIMA - SP116470-A

REQUERIDO: MATHEUS EDUARDO FURLAN DE PAULA, SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP - 1ª VARA FEDERAL

Advogado do(a) REQUERIDO: RAYANE DOS SANTOS CRUZ - ES30932-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos no plantão judiciário da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (art. 5º, § 2º, Resolução CA-TRF3 nº 122/2020).

Cuida-se de pedido de suspensão dos efeitos de sentença proferida nos autos de mandado de segurança (Reg. nº 5005090-12.2019.4.03.6112), em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Presidente Prudente, formulado pela Caixa Econômica Federal - CEF, com fundamento no artigo 15 da Lei nº 12.016/2009.

De acordo com os documentos juntados ao presente incidente, o mandado de segurança subjacente, impetrado por Matheus Eduardo Furlan de Paula, objetiva *proteger direito líquido e certo do Impetrante em ser convocado e contratado para concurso público, no qual conseguiu aprovação, sendo preterido por convocação e contratação de candidatos com piores colocações por ato ilegal da autoridade coatora* (ID 150451013).

O Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido para determinar à Autoridade Impetrada a convocação do Impetrante, independentemente de existência de vaga, para o cargo de Técnico Bancário Novo, nos termos do Edital nº 1 – Caixa, de 22 de janeiro de 2014, assegurados posse e exercício, com todos os direitos e obrigações próprios do cargo, sem distinção em relação a qualquer outro candidato contratado, desde que cumpridas as exigências das fases seguintes do certame. Estabeleceu, ademais, prazo de 10 dias para cumprimento da decisão.

Diante desse quadro, sustenta a CEF ser cabível a presente medida, pois, até ultimada a remessa da apelação a este Tribunal, afigura-se provável o transcurso de prazo significativo, com a conseqüente necessidade de cumprimento da determinação contida na sentença concessiva do *mandamus*, circunstância a comprometer a utilidade do recurso.

Em relação ao mérito do *writ*, aduz que a jurisprudência do e. STF é favorável à sua tese, não se verificando direito subjetivo à nomeação em hipóteses como a dos autos. Não bastasse, notícia que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a Caixa foi instada a adotar a solução de convocação prioritária de pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social até que seja atingido o percentual mínimo de 5% de seus empregados, conforme TC 003.839/2015-0, em Sessão realizada em 23/11/2016.

Informa, ademais, que o concurso, conquanto realizado em 2014, ainda está em vigor, em razão de liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 00059-10.2016.5.10.0006. Por conseguinte, uma vez que o certame se encontra *sub judice*, a contratação precária do apelado traz insegurança jurídica aos envolvidos.

Ressalta, em acréscimo, ter o concurso objetivado a formação de cadastro de reserva, razão pela qual a contratação dos aprovados está condicionada à disponibilidade orçamentária da empresa.

Alega, por fim, haver *irreversibilidade quanto aos custos para a contratação se ao final for revertida, além do fato de que estamos em plena Pandemia definida pela OMS e chancelada pelo CNJ, expondo várias pessoas a riscos de contágio por contato pessoal (exame médicos, admissionais etc).*

Diante do exposto, requer a suspensão da segurança concedida nos autos nº 5005090-12.2019.4.03.6112, porquanto eventual reversão da medida seria, inclusive, prejudicial ao impetrante.

É o relatório.

DECIDO.

O instituto da suspensão de liminar, previsto em caráter geral pelo art. 4º, §7º, da Lei 8.437/92 e art. 1º da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, constitui medida excepcional, somente admitida na hipótese de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Na mesma esteira, especificamente no tocante aos mandados de segurança, individuais ou coletivos, assim estabelece o art. 15 da Lei 12.016/2009, *in verbis*:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Diante desse quadro normativo, extrai-se que a utilização do presente instrumento pressupõe a demonstração concreta e efetiva de ameaça de lesão significativa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – requisitos de seu conhecimento (Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Segurança 1026-3). No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. VIA INADEQUADA PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. 1. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência. 2. O instituto da suspensão de segurança, por não ser sucedâneo recursal, é inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia. 3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt na SS 2976/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.2.2019).

Tal interpretação é coerente com a impossibilidade de utilização do instrumento como sucedâneo recursal, vale dizer, não se pode, na cognição do pedido de suspensão de segurança ou liminar, analisar o mérito da causa na qual proferida decisão cujos efeitos se pretende suspender.

Pois bem. No presente incidente de suspensão de segurança, a Caixa Econômica Federal – CEF – insurge-se contra a decisão que, nos autos do MS nº 5005090-12.2019.4.03.6112, concedeu a segurança, para o fim de determinar à Autoridade Impetrada a convocação do Impetrante, independentemente de existência de vaga, para o cargo de Técnico Bancário Novo, nos termos do Edital nº 1 – Caixa, de 22 de janeiro de 2014, assegurados posse e exercício, com todos os direitos e obrigações próprios do cargo, sem distinção em relação a qualquer outro candidato contratado, desde que cumpridas as exigências das fases seguintes do certame.

Assim colocada a controvérsia, entendo que o caráter individual da demanda subjacente não indica, de plano, possível efeito multiplicador da questão debatida.

De fato, conforme leciona Elton Venturi, “... como fundamento relevante para o deferimento da cautela excepcional não basta a mera alegação de ameaça ou lesão a um dos interesses públicos expressamente consignados pelo legislador. A intensidade da gravidade da lesão constitui, segundo a lei, condição sine qua non para a procedência da postulação, devendo ser demonstrada e suficientemente comprovada pelo requerente já com petição dirigida ao presidente do tribunal, através de todos os meios hábeis para tanto”.

Prossegue o autor: “O prejuízo ao interesse público que enseja a suspensão deve apresentar-se qualificado pela irreparabilidade ou pela difícil reparação, uma vez que a provável lesão ao Poder Público que se possa resolver; v.g. através de qualquer medida compensatória em pecúnia ou in natura (específica) não se revela suficiente para autorizar a excepcionalíssima sustação da eficácia de medidas liminares ou de sentenças, muito embora possa eventualmente embasar a concessão de efeito suspensivo recursal. Não demonstrada a gravidade da lesão suscitada, deve prevalecer a eficácia dos comandos jurisdicionais já determinados em prol do autor da ação”. (Venturi, Elton. Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público - 3ª ed., rev., atual., e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2017 - p. 195/196).

Dessarte, não socorre a requerente a alegação genérica de que “a contratação sub judice e, portanto, precária do apelado traz insegurança jurídica à situação tanto da CEF quanto do próprio apelado”, tampouco a argumentação em torno da “irreversibilidade quanto aos custos para a contratação” ou das dificuldades inerentes à pandemia do novo Coronavírus.

E assim se dá porquanto, como visto, na via excepcional da suspensão de liminar, demanda-se a comprovação de potencial concreto e irreparável de ofensa à ordem pública. Eventuais questões de mérito pertinentes à ação originária não comportam análise no presente incidente, devendo ser suscitadas e debatidas por meio da via recursal adequada.

Em verdade, conforme se extrai da inicial, a narrativa apresentada pela Caixa Econômica Federal está centrada na probabilidade de sucesso do recurso interposto, isto é, seu interesse consiste exclusivamente em suspender os efeitos da sentença até a análise do recurso de apelação por este E. Tribunal, a fim de preservar a utilidade deste último.

A corroborar a afirmação supra, transcrevo, por oportuno, os seguintes trechos da exordial:

“Foi proferida sentença com concessão de segurança determinando-se a contratação do Impetrante pela CAIXA em razão de Concurso Público para Técnico Bancário, independentemente de existência de vaga, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação.

In casu, vige o princípio da unirecorribidade, de modo que da sentença somente era cabível apelação, a qual foi regularmente interposta pela CAIXA (cópia anexa).

Ocorre que até tal recurso de apelação ser remetido para apreciação desse E. Tribunal é certo que já terá transcorrido prazo significativo e haveria necessidade de cumprimento da determinação contida na sentença concessiva do mandamus (de modo que seria provavelmente inútil a Apelação em razão da irreversibilidade prática do cumprimento da decisão).

(...)

Diante do exposto, inclusive para se preservar o devido processo legal e a utilidade do recurso já interposto, é perfeitamente viável o presente pedido, antecipando-se o que já postulando naquele recurso para preservar sua utilidade, enquanto não encaminhado para este E. TRF”.

A pretensão da CEF, vale salientar, é regida pelo artigo 1.012, §3º, inciso I, do Código de Processo Civil, o que permite constatar a utilização do presente incidente como sucedâneo recursal.

Portanto, não tendo a requerente demonstrado, de forma objetiva, como a execução da decisão ensejaria grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, de rigor o indeferimento do pedido.

Diante do exposto, ausente a comprovação dos fundamentos legalmente exigidos, INDEFIRO a suspensão pleiteada.

Comunique-se ao juízo da 1ª Vara Federal de Presidente Prudente.

Intimem-se, com urgência.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

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

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DOS FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011586-72.2018.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: MARIA JOILDA RAMOS SANTOS OLIVEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: JOSIANE XAVIER VIEIRA ROCHA - SP264944-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARIA JOILDA RAMOS SANTOS OLIVEIRA

Advogado do(a) APELADO: JOSIANE XAVIER VIEIRA ROCHA - SP264944-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, interposto por **MARIA JOILDA RAMOS SANTOS OLIVEIRA** contra decisão monocrática.

Decido.

O recurso não comporta admissão.

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

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

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

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

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

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

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

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

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

3. Agravo interno a que se nega provimento.

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

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

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6214166-38.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA APARECIDA DA SILVA MOURA

Advogado do(a) APELADO: ANDRE ALBUQUERQUE DE SOUZA - SP307525-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, interposto por **MARIA APARECIDA DA SILVA MOURA** contra decisão monocrática.

Decido.

O recurso não comporta admissão.

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

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

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

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

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

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

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

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

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

3. Agravo interno a que se nega provimento.

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

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

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5030284-84.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. Vice Presidência

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

Advogados do(a) APELANTE: ADRIANA CARLA BIANCO - SP359007-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

APELADO: JOSE HATTY

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, interposto pela **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL** contra decisão monocrática.

Decido.

O recurso não comporta admissão.

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

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

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

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

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

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

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

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

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

3. *Agravo interno a que se nega provimento.*

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

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

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027575-72.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: METALLATINA INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALESSANDRO BATISTA - SP223258-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, interposto por **METALLATINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.** contra decisão monocrática.

Decido.

O recurso não comporta admissão.

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

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

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

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

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

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

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

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

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

3. *Agravo interno a que se nega provimento.*

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

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

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001835-74.2018.4.03.6114

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: LEOCRACIO NELO DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO OLIVIERI - SP252648-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, da Constituição Federal, interposto por **LEOCRACIO NELO DASILVA** contra decisão monocrática.

Decido.

O recurso não comporta admissão.

Comefeito, o inciso III do artigo 102 da Constituição Federal exige que o recurso extraordinário, para ser admitido, seja interposto em face de "*causas decididas, em única ou última instância (...)*".

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

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

Conforme orientação firmada na Súmula 281 do STF:

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

Assim é o entendimento do Pretório Excelso:

Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. DESAPROVAÇÃO. SUPOSTA NULIDADE DA INTIMAÇÃO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS. SÚMULA 281 DO STF. ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DA COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS. MATÉRIA SEM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 181. RE 598.365. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(ARE 1037001 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 31-08-2017 PUBLIC 01-09-2017)

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

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025814-06.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: CARLOS MAGNO PIRES

Advogado do(a) AGRAVANTE: GEAN KLEVERSON DE CASTRO SILVA - SP332194-A

AGRAVADO: BRAZILIAN MORTGAGES COMPANHIA HIPOTECARIA, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: MOISES BATISTA DE SOUZA - SP149225-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, interposto por **CARLOS MAGNO PIRES** contra decisão monocrática.

Decido.

O recurso não comporta admissão.

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

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

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

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

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

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

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

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

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

3. *Agravo interno a que se nega provimento.*

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

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

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DO ÓRGÃO ESPECIAL E PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5029320-24.2019.4.03.0000

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

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

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

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3.^a REGIÃO
INTERESSADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

I - Dê-se ciência aos impetrantes da declaração de voto vencido acostada aos autos (doc. nº 147.860.494).

II - Tendo em vista a juntada do voto vencido acima mencionado, julgo prejudicados os embargos de declaração interpostos pelos impetrantes, pela manifesta perda superveniente de seu objeto.

III - Int.

IV - Republique-se o V. Acórdão (doc. nº 141.954.130), reabrindo-se o prazo para eventual recurso às Cortes Superiores.

São Paulo, 18 de dezembro de 2020.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5029320-24.2019.4.03.0000

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

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

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

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3.^a REGIÃO
INTERESSADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL(120) Nº 5029320-24.2019.4.03.0000

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

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

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

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3.^a REGIÃO
INTERESSADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por Bruno José Brasil Vasconcellos e outros contra ato da Presidência do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, com a finalidade de compelir aquele órgão colegiado a promover, no prazo de 30 (trinta) dias, o julgamento dos recursos administrativos interpostos pelos impetrantes nos autos do processo SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001, relativo ao pagamento de auxílio-moradia a servidores ocupantes do cargo de Diretor de Secretaria.

Na peça inaugural, os impetrantes postulam, primeiramente, que seja reconhecido o impedimento de todos os Desembargadores Federais que integram o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, tendo em vista o disposto no art. 144, incs. I e V, do CPC.

No mérito, alegam que, em junho de 2017, a Divisão de Apoio Jurídico à Gestão de Pessoas desta E. Corte, nos termos da Informação nº 2.823.054/2017-DAJU, lançada no processo SEI nº 0000511-102015.4.03.8000, recomendou a revogação do auxílio-moradia de uma única servidora, por tratar-se de caso de redistribuição. Em seguida, a Diretoria Geral do TRF-3ª Região, por meio da decisão nº 2.841.514/2017, acolheu o parecer, revogando o auxílio-moradia que era pago à mencionada servidora, determinando, ainda, o encaminhamento da decisão às Seções Judiciárias de São Paulo e de Mato Grosso do Sul para fins de uniformização dos procedimentos. Recebidas as orientações, a Seção Judiciária de São Paulo iniciou o processo administrativo SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001, com o propósito de suspender o pagamento de auxílio-moradia a servidores redistribuídos.

Afirmam que, com base na Informação nº 2.979.841/2017 da Seção de Apoio Técnico Jurídico, a Diretoria do Foro, em 30/08/2017, proferiu a decisão nº 3.042.225/2017 que, além de tratar da questão dos servidores redistribuídos, estendeu a suspensão do pagamento do auxílio-moradia aos servidores que haviam sido deslocados por força de alteração de lotação, situação na qual se encontram os Diretores de Secretaria que impetram o presente *writ*.

Contra a referida decisão, os impetrantes interuseram diversos recursos administrativos, vários deles com pedido de efeito suspensivo.

Narram que, em decisão prolatada em 30/10/2017 (nº 3.172.951/2017), a Diretoria do Foro da Seção de São Paulo determinou que a suspensão do pagamento do auxílio-moradia fosse mantida até que o TRF-3ª Região e/ou Conselho da Justiça Federal se manifestasse a respeito da correta aplicação da Lei nº 8.112/90 e da Resolução C.JF nº 04/2008, relativamente à concessão daquele auxílio.

Informam que o processo SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001 foi distribuído no âmbito do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região em 05/02/2018, à então Conselheira, Des. Federal Tânia Marangoni e, em 04/04/2018, redistribuído ao E. Des. Federal Nery Júnior, em razão da mudança de composição do CJF-3R.

Na sessão de 09/05/2019 do CJF-3ª Região, o E. Relator, Des. Federal Nery Junior, apresentou voto propondo que a matéria fosse submetida ao C. Conselho da Justiça Federal (Brasília), para fins de uniformização da interpretação.

Acrescentam que a então Presidente do CJF-3ª Região propôs encaminhar os autos à Divisão de Apoio Jurídico à Gestão de Pessoas, para emissão de parecer e remessa dos autos à E. Presidência do Tribunal, para posterior encaminhamento de Consulta ao C. Conselho da Justiça Federal (Brasília). Referida proposta foi aprovada, por unanimidade, no E. CJF-3ª Região.

Destacam que, em 22/05/2019, os autos foram remetidos à Divisão de Apoio Jurídico à Gestão de Pessoas, não tendo havido mais nenhuma movimentação.

Afirmam que, em razão da situação descrita, é cabível a impetração de mandado de segurança para que o Presidente do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região dê cumprimento ao art. 5º, inc. LXXVIII, da CF e aos arts. 2º, *caput* e 59, §1º, da Lei nº 9.784/99, fazendo com que o “*órgão colegiado julgue os recursos administrativos interpostos pelos impetrantes nos autos SEI n. 0054895-46.2017.4.03.8001, no prazo legal de 30 (trinta) dias, e que, na impossibilidade de decidi-lo no prazo legal, que seja imediatamente restabelecido o auxílio-moradia aos impetrantes até que seja definido o mérito dos recursos administrativos interpostos*” (doc. nº 106.223.367, p. 9).

Aduzem não ter havido, também, a apreciação dos pedidos de efeito suspensivo, o que vem ocasionando lesão financeira aos impetrantes desde ago/2017.

Anotam que a decisão da Diretoria do Foro impugnada pelos recursos administrativos contém interpretação equivocada da legislação, uma vez que o pagamento de auxílio-moradia é devido quando o deslocamento do servidor se dá em razão da nomeação para cargo em comissão em cidade distinta e que se a Administração possuía dúvidas quanto à interpretação da norma, deveria ter encaminhado a consulta aos órgãos competentes, sem fazer cessar o pagamento do referido auxílio.

Postularam a concessão de liminar para que se determine à “*autoridade impetrada, Presidente do Conselho da Justiça Federal da 3.ª Região, que promova o julgamento dos recursos administrativos interpostos pelos impetrantes nos autos SEI n. 0054895-46.2017.4.03.8001, no prazo legal de 30 (trinta) dias, e que, na impossibilidade de decidi-lo no prazo legal, que seja imediatamente restabelecido o auxílio-moradia aos impetrantes até que seja definido o mérito dos recursos administrativos interpostos*” (doc. nº 106.223.367, p. 17). Requereram, ao final, a concessão da segurança, confirmando-se os termos da liminar.

A petição inicial veio acompanhada de documentos (nº 106.212.214 a 106.223.354).

Os impetrantes emendaram a inicial, com o propósito de incluir novos servidores no polo ativo da demanda (doc. nº 106.405.025).

Recebida a emenda, solicitadas informações à d. autoridade coatora e dada ciência à AGU para, querendo, ingressar no feito, nos termos do art. 7º, inc. II, da Lei nº 12.016/09 (doc. nº 107.301.271).

Contra o referido despacho, os impetrantes interpuseram embargos de declaração, alegando que houve omissão quanto ao exame do pedido de liminar (doc. nº 107.315.483).

Prestadas as informações (doc. nº 107.929.174), esclareceu a d. autoridade impetrada que, em 30/08/2017, a Diretoria do Foro da Seção Judiciária de São Paulo proferiu, no processo SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001, a decisão nº 3.042.225, ordenando a suspensão do pagamento de auxílio-moradia a todos os servidores cujo deslocamento houvesse decorrido de alteração de lotação (remoção) ou de redistribuição. Também foi determinada a notificação dos interessados para que apresentassem manifestação em 5 (cinco) dias.

Expôs que a decisão nº 3.042.225 encontra fundamento na Resolução TRF3R nº 191/2009, que estabelece que a nomeação para o cargo em comissão de Diretor de Secretaria (CJ-3) enseja obrigatoriamente a alteração de lotação do servidor, com o desligamento da lotação da Origem.

Destaca que, após a apresentação de manifestações e a interposição de recursos pelos interessados, foi prolatada pela Diretoria do Foro, a decisão nº 3.172.951, de 30/10/2017, nos seguintes termos (doc. nº 107.929.174, p. 7/8):

“Considerando a Decisão DAJU – TRF 3ª Região (2871112), e tendo em vista que o art. 60-B, inciso VII da Lei nº 8.112/90 e o art. 68, inciso VII da Resolução CJF nº 4/2008 vedam expressamente a concessão do auxílio-moradia quando o deslocamento se der por força de remoção/alteração de lotação, redistribuição ou nomeação para cargo efetivo, encaminhe-se o presente expediente ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para análise e manifestação, se assim entender cabível e oportuno, quanto ao procedimento a ser adotado no âmbito da 3ª Região, considerando a divergência de entendimento e de procedimentos entre as Seções Judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul, bem como em razão da peculiaridade vivenciada por esta Seção Judiciária, com constantes deslocamentos de servidores indicados para o cargo de Diretor de Secretaria para acompanhar os magistrados que frequentemente participam dos concursos de remoção e de promoção.

De outra parte, haja vista a divergência de entendimento e de procedimentos, também, em relação aos demais Tribunais Regionais Federais, e tendo em vista o caráter vinculante da Resolução CJF nº 4/2008, de observância obrigatória por todas as unidades da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, pleiteia-se que o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região verifique a possibilidade e a conveniência de submeter-se a questão ao E. Conselho da Justiça Federal, de forma que se defina a correta aplicação da Lei nº 8.112/90 e Resolução CJF nº 04/2008 na concessão do auxílio-moradia, para a uniformização de procedimentos em todos os Tribunais Regionais Federais.

Mantenho a suspensão do pagamento do benefício àqueles servidores que se encontram nessa situação até a manifestação do TRF 3ª Região e/ou Conselho da Justiça Federal quanto à correta aplicação da Lei nº 8.112/90 e Resolução CJF nº 04/2008 na concessão do auxílio-moradia.”

Relata que, no âmbito do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, entendeu-se que, diante da controvérsia relacionada ao auxílio-moradia, a matéria deveria ser submetida ao crivo do C. Conselho da Justiça Federal (Brasília), órgão que, na forma do art. 105, parágrafo único, inc. II, da CF, é o responsável pela uniformização da interpretação no âmbito do Poder Judiciário Federal.

Conclui, portanto, que o CJF-3ª Região já se pronunciou sobre a questão posta pelos impetrantes, *“reconhecendo que, sem a expressa definição a ser conferida à matéria pelo Conselho da Justiça Federal, órgão responsável pela uniformidade de procedimentos de toda a Justiça Federal de 1º e de 2º graus, não seria viável ou coerente apreciar em grau recursal a decisão proferida pela Diretoria do Foro da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, sem ampliar o risco de promover distorções”* (doc. nº 107.929.174, p. 10).

Registra que as providências necessárias para a formalização da consulta perante o C. CJF (Brasília) já estavam sendo adotadas.

Em decisão proferida em 19/12/2019, indeferi a liminar requerida, julgando prejudicados os embargos de declaração (doc. nº 108.977.050).

O MPF, em parecer apresentado em 28/02/2020, opinou pela concessão parcial da segurança, “para que seja determinado o julgamento dos recursos administrativos interpostos nos autos SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001, no prazo legal de 30 (trinta) dias” (doc. nº 125.612.187).

Os impetrantes apresentaram manifestação (doc. nº 125.868.591), tecendo comentários a respeito do parecer ministerial.

Em 04/05/2020, solicitei informações complementares à d. autoridade impetrada, visando esclarecer se a consulta descrita na certidão de julgamento do E. CJF-3ª Região já havia sido remetida ao E. Conselho da Justiça Federal. Solicitei, ainda, fosse liberado a esse Relator, o acesso aos autos nº 0054895-46.2017.4.03.8001, no Sistema Eletrônico de Informações – SEI, para fins de consulta. (doc. nº 131.304.345).

Em 07/05/2020, informou a E. Presidência desta Corte que, “após juntadas informações da área técnica, em 31 de março de 2020, foi enviada consulta ao Conselho da Justiça Federal - CJF, por malote digital, em 3 de abril de 2020” (doc. nº 131.559.988, p. 1). O ofício veio acompanhado do respectivo comprovante de envio (doc. nº 131.559.988, p. 2).

Em 05/06/2020 assim despachei: “Após o exame do processo SEI 0054895-46.2017.4.03.8001, determino à Subsecretaria do Órgão Especial que providencie a juntada ao presente mandamus, dos documentos a seguir indicados, a serem trasladados do referido processo administrativo, observada essa ordem: 5622546, 5634852, 5634872, 5647194, 5647196 e 5647199. Em seguida, abra-se vista ao MPF.” (doc. nº 133.844.471)

O MPF reiterou o parecer (doc. nº 134.123.821).

Os impetrantes juntaram memoriais (doc. nº 136.721.597).

É o breve relatório.

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5029320-24.2019.4.03.0000

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

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

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

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

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado com a finalidade de compelir o E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região a julgar, no prazo de 30 (trinta) dias, os recursos e pedidos de efeito suspensivo apresentados pelos impetrantes nos autos do processo administrativo SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001.

É imperativo destacar que, no presente *writ*, não há nenhum pedido voltado a impugnar diretamente a regularidade das decisões administrativas proferidas no processo SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001, seja com relação à validade das mesmas (controle de legalidade), seja no tocante ao mérito administrativo. A única pretensão aqui deduzida consiste em obrigar o E. CJF-3ª Região a examinar os recursos administrativos dos impetrantes, bem como os respectivos pleitos de efeito suspensivo, em um prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Feitas estas considerações, passo ao exame.

Inicialmente, alegam os impetrantes que todos os Desembargadores Federais que integram o E. CJF-3ª Região se encontram impedidos para o julgamento do presente *mandamus*.

Consoante entendimento pacífico do C. STJ e desta E. Corte, a atuação do magistrado em sede administrativa não o torna impedido para o exercício da função jurisdicional caso também venha a ser provocado a se pronunciar sobre a matéria, nessa esfera. Neste sentido, destaco os seguintes precedentes da C. Corte Superior:

“Trata-se de recurso especial interposto por Ione Garcia de Souza Sá, com fundamento na alínea ‘a’ do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado (e-STJ, fl. 808):

(...)

Defende, em síntese: i) nulidade por omissão quanto à inaplicabilidade do regime jurídico que culminou na cassação da delegação e ao impedimento do magistrado; ii) negativa de produção de prova testemunhal necessária para demonstrar a idoneidade e impossibilidade de ter a notária cometido os atos imputados; iii) inaplicabilidade da pena de perda de delegação antes de regulamentada, por tratar-se de norma penal em branco; iv) nulidade por cerceamento de defesa, consubstanciada na negativa de sustentação oral pela defesa no julgamento administrativo; e v) nulidade pela atuação de magistrado impedido no feito.

(...)

É o relatório.

(...)

A nulidade alegada quanto ao impedimento teria ocorrido em julgamento de agravo de instrumento anterior, sujeito aos recursos adequados, e não na presente apelação. Ademais, inexistente o impedimento do magistrado que atuou na fase administrativa de correição para julgamento do processo judicial. No ponto:

(...)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III e IV, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.”

(REsp nº 1.270.736/RJ, decisão monocrática, Rel. Min. Og Fernandes, j. 26/04/2019, DJe 02/05/2019, grifos meus)

“Trata-se de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto (art. 105, III, ‘a’ e ‘c’, da Constituição da República) contra acórdão assim ementado:

(...)

Aponta a parte agravante, nas razões do Recurso Especial, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 1.022 do CPC, 200 e 206, § 3º, do CC. Aduz que a sentença condenatória foi proferida por magistrada impedida de atuar no feito.

Decido.

(...)

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a regra de impedimento somente se aplica aos casos em que o magistrado tenha participado em outro grau de jurisdição em um mesmo processo judicial, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa.

(...)

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Especial.”

(AREsp nº 1.187.452/RS, decisão monocrática, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18/12/2017, DJe 02/02/2018, grifos meus)

“A contemporânea orientação jurisprudencial desta Corte é a de que a regra de impedimento prevista no art. 134, III, do CPC somente se aplica aos casos em que o magistrado tenha participado, em outro grau de jurisdição, de um mesmo processo judicial, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa. Trata-se de norma restritiva que compõe um rol taxativo de hipóteses e, por consequência, não comporta interpretação ampliativa.

Nesse sentido, na área cível, cito os seguintes julgados:

(...)

Confiram-se ainda os seguintes acórdãos: RMS n. 13.308/DF, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/8/2008; RMS 20.776/RJ, relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 4/10/2007; REsp n. 488.202/GO, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJe de 1º/12/2003.

Cito também estas decisões monocráticas: RE nos EDcl no RMS n. 35.299/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 15/2/2016; RMS n. 29.370/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 10/2/2015; RMS n. 23.827/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/9/2014; RMS n. 25.463/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 7/12/2012; REsp n. 1.035.717/PR, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 8/5/2012; RMS n. 25.443/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 19/4/2011; RMS n. 23.842/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/4/2011; RMS n. 31.699/AC, relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 15/2/2011.

(...)

Assim, sob todo prisma que se visualize a presente controvérsia, não consigo identificar hipótese de aplicação do instituto do impedimento.

Afasto o suscitado impedimento.

(...)”

(MS nº 21.991/DF, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, por maioria, j. 16/11/2016, DJe 03/03/2017, grifos meus)

Seguindo a mesma orientação, colhe-se da jurisprudência deste E. Órgão Especial, o precedente que segue:

“Igualmente inexistente o apontado impedimento do E. Desembargador Federal Baptista Pereira, decorrente de sua participação no julgamento do primeiro recurso administrativo apresentado no E. CJF-3ª Região, haja vista que consolidada é a jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte Regional, no sentido de que o impedimento, previsto na legislação processual civil, somente é aplicável quando o magistrado tenha participado de um mesmo processo judicial, em outro grau de jurisdição, e não em anterior procedimento administrativo.

Nesse diapasão, os seguintes julgados, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. PERDA DA DELEGAÇÃO. PROCESSO DISCIPLINAR E PROCESSO JUDICIAL. IMPEDIMENTO DE MAGISTRADOS. SUSPEIÇÃO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. AUTO-TUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA.

1. A regra de impedimento prevista no art. 134, III, do CPC, somente se aplica a casos em que o magistrado tenha atuado, jurisdicionalmente, no mesmo processo em outro grau de jurisdição, não, porém, quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa. Precedentes: RMS 18.099/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 12.06.2006.

2. A suspeição de magistrado não provoca a anulação do julgamento quando seu voto, como vogal, não foi decisivo para o resultado, que, no caso, se deu por folgada maioria.

3. A existência de processo judicial questionando a legitimidade do ato administrativo não inibe o exercício, pela Administração Pública, do seu poder-dever de anulá-lo ou revogá-lo, caso o considere ilegal, imoral, inoportuno ou inconveniente. (destaquei)

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 20.776/RJ - STJ - Primeira Turma - Rel. Min. Teori Zavascki - DJ 04/10/07)

(...)"

(MS nº 0031316-94.2009.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 27/02/2013, DJe 05/03/2013, grifos meus)

Observo, ademais, que as regras contidas nos incs. I e V, do art. 144, do CPC, invocadas pelos impetrantes, não modificam o posicionamento ora exposto.

Inaplicável ao presente caso o disposto no art. 144, inc. I, do CPC, por se tratar de hipótese em que o magistrado intervém como "mandatário da parte", advogando perante terceiros, os interesses por ele representados. Perceptível que a hipótese em questão não se encontra presente no caso concreto.

Outrossim, também é de se afastar a previsão do art. 144, inc. V, do CPC. O magistrado que compõe o Conselho de Justiça age no exercício de função administrativa atípica do Poder Judiciário. Atua, portanto, com a finalidade de promover a organização da estrutura administrativa que tornará possível o desempenho da função jurisdicional, praticando atos destinados à execução de relevante serviço público. Note-se que, no exercício desta função, o magistrado não patrocina interesses pessoais que poderiam conflitar com a atividade judicante.

É visível, assim, que o exercício de cargo em Conselho de Justiça não se confunde com os casos em que o integrante do Judiciário é "sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídicas parte no processo".

Rejeito, portanto, a alegação de impedimento

Superada esta questão inicial, passo ao exame da pretensão veiculada na inicial.

Postulam os impetrantes que seja determinado "à autoridade impetrada, Presidente do Conselho da Justiça Federal da 3.ª Região, que promova o julgamento dos recursos administrativos interpostos pelos impetrantes nos autos SEI n. 0054895-46.2017.4.03.8001, no prazo legal de 30 (trinta) dias, e que, na impossibilidade de decidi-lo no prazo legal, que seja imediatamente restabelecido o auxílio-moradia aos impetrantes até que seja definido o mérito dos recursos administrativos interpostos;" (doc. nº 106.223.367, p. 17). Também entendem que não houve apreciação dos pedidos de atribuição de efeito suspensivo aos recursos administrativos (doc. nº 106.223.367, p. 14).

O exame dos autos revela que na sessão de 09/05/2019, o E. Desembargador Federal Nery Junior, na qualidade de Relator, submeteu os recursos administrativos interpostos pelos impetrantes à apreciação colegiada do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, oportunidade em que prolatou o seguinte voto (doc. nº 106.223.354, p. 17/23):

"RELATÓRIO

Trata-se de recursos administrativos interpostos por Diretores de Secretaria da Seção Judiciária de São Paulo contra decisão que suspendeu o pagamento do auxílio-moradia aos servidores cujo deslocamento se deu por força de alteração de lotação/remoção ou redistribuição.

Em junho de 2017 o Diretor-Geral deste TRF 3ª Região proferiu a DECISÃO Nº 2823054/2017 – PRESI/DIRG/SEGE/DAJU (2871112), acolhendo a INFORMAÇÃO Nº 2823054/2017 – DAJU (2871103), para cassar o benefício de auxílio-moradia da servidora FÁTIMA REGINA BARBOSA BRÁULIO DE MELO, oriunda da 1ª instância, haja vista que, passados dois anos de sua requisição por este Tribunal, operou-se a redistribuição de seu cargo (art. 5º Resolução 170/2008 da Presidência do TRF da 3ª Região), não mais preenchendo um dos requisitos negativos que ensejaram a concessão do benefício indenizatório (art. 60-B, VIII da Lei 8.112/90 e art. 68, VII da Resolução nº 4/2008 do CJF).

(...)

Referida decisão determinou ainda o encaminhamento às Seções Judiciárias dos Estados de São Paulo e de Mato Grosso do Sul, para uniformização de procedimentos.

Ao receber o expediente o Diretor-Geral desta Corte Regional, o Diretor do Foro da Seção Judiciária de São Paulo houve por bem revisar não só os benefícios de auxílio-moradia concedidos em casos de requisição em que houve posterior redistribuição do cargo, como também os benefícios concedidos aos servidores ocupantes de cargo em comissão de Diretor de Secretaria – CJ3, deslocados para Subseção Judiciária diversa de seu domicílio em virtude da nomeação ao cargo em comissão, mediante indicação do Magistrado que foi removido ou promovido. Determinou a suspensão cautelar do pagamento do auxílio moradia, bem como a ciência e notificação de todos os servidores atingidos.

(...)

Irresignados com a suspensão repentina do pagamento do auxílio-moradia, os servidores ofertaram manifestações recursos, alegando, em síntese:

(...)

Em 30/10/2017, após manifestações e recursos dos Diretores de Secretaria da Seção Judiciária de São Paulo contra a decisão de suspensão do pagamento do auxílio-moradia, sobreveio nova decisão da Diretoria do Foro, assim lançada:

‘(...)

Mantenho a suspensão do pagamento do benefício àqueles servidores que se encontram nessa situação até a manifestação do TRF 3ª Região e/ou Conselho da Justiça Federal quanto à correta aplicação da Lei nº 8.112/90 e Resolução CJF nº 04/2008 na concessão do auxílio-moradia.

(...)

Novos recursos foram interpostos contra a segunda decisão, aduzindo também:

(...)

É o relatório.

VOTO

O auxílio-moradia para servidores é verba de cunho indenizatório, prevista no art. 51, IV, da Lei nº 8.112/1990. Sua concessão deve observar as diretivas constantes dos artigos 60-A, 60-B, 60-D e 60-E da Lei nº 8.112/1990 e nos arts. 67 a 74 da Resolução nº 4/2008 do CJF.

(...)

Conforme identificado na INFORMAÇÃO Nº 3157728/2017 – SUTJ, há divergência de entendimento e de procedimentos entre as Seções Judiciárias da 3ª Região, São Paulo e Mato Grosso do Sul, bem como em relação aos demais Tribunais Regionais Federais.

(...)

Cumprir registrar ainda o entendimento esposado pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, pela simples alteração de lotação, sem pagamento de auxílio-moradia, ou seja, no mesmo sentido da decisão recorrida, mas em sentido diverso da interpretação conferida pela maioria dos Tribunais Regionais Federais. Senão vejamos:

(...)

O procedimento atualmente adotado pela Seção Judiciária de São Paulo, de alteração de lotação do servidor, com o deslocamento da vaga para a nova Subseção, por todo o exposto, leva à supressão do pagamento do benefício, pois esta 'definitividade' é incompatível com a natureza e finalidade do auxílio-moradia, que constitui parcela indenizatória em razão do seu deslocamento transitório. Por outro lado, não sendo alterada a lotação do servidor, com a manutenção da vaga na lotação de origem, a Administração encontraria grande dificuldade na adequação das vagas, posto que seria mantido o vínculo do servidor com a origem, sem a possibilidade de preenchimento dessa vaga.

De outra parte, haja vista a divergência de entendimento e de procedimentos em relação aos demais Tribunais Regionais Federais, e tendo em vista o caráter vinculante da Resolução CJF nº 4/2008, de observância obrigatória por todas as unidades da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, afigura-se prudente a submissão da questão ao E. Conselho da Justiça Federal.

Ante o exposto, proponho seja a matéria submetida ao E. Conselho da Justiça Federal para uniformização da interpretação da Lei nº 8.112/90 e da Resolução CJF nº 04/2008 na movimentação de lotação dos servidores e concessão do auxílio-moradia."

Prolatado o voto e iniciados os debates, o E. CJF-3ª Região acolheu, por unanimidade, a proposta apresentada pela E. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, então Presidente desta Corte, consoante se extrai da certidão de julgamento que ora reproduzo (doc. nº 106.223.354, p. 45):

"Certifico que o Egrégio Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada em 09 de maio de 2019, proferiu a seguinte decisão: 'Após o voto do Excelentíssimo Desembargador Federal Relator, no sentido de submeter a matéria ao Egrégio Conselho da Justiça Federal 'para uniformização da interpretação da Lei nº 8.112/90 e da Resolução CJF nº 04/2008 na movimentação de lotação dos servidores e concessão do auxílio-moradia', a Excelentíssima Desembargadora Federal Presidente expôs que 'a Resolução do Conselho da Justiça Federal de nº 105/2010 determina que a consulta deve ser instruída com o parecer das áreas técnicas do Tribunal Regional Federal' e também que 'compete exclusivamente aos Presidentes dos Tribunais encaminhar ao Conselho tais consultas', razões pelas quais propôs encaminhar o processo à Divisão de Apoio Jurídico à Gestão de Pessoas, vinculada à Secretaria de Gestão de Pessoas e, por consequência, à Diretoria-Geral, para emissão de parecer, com posterior remessa à Presidência do Tribunal para que seja realizada análise quanto à hipótese de se formular consulta a respeito ao Conselho da Justiça Federal, fazendo-o diretamente, nos termos da Resolução CJF nº 105/2010. O Conselho, por unanimidade, aprovou a proposta apresentada pela Excelentíssima Desembargadora Federal Presidente."

Como se vê, os membros do colegiado, ao se reunirem na sessão de 09/05/2019, deliberaram no sentido de formular consulta ao E. Conselho da Justiça Federal, nos termos da Resolução CJF nº 105/2010. Enquanto não sobrevier resposta, o exame do mérito da questão ficará sobrestado. Nenhuma ilegalidade ou abuso de poder há de ser reconhecida por parte do CJF-3ª Região que, ao examinar os recursos administrativos dos ora impetrantes, entendeu que, no caso concreto, era imprescindível a formulação de Consulta dirigida ao C. Conselho da Justiça Federal (Brasília), órgão ao qual compete a uniformização da matéria no âmbito do Judiciário Federal. Vale dizer: segundo a decisão colegiada proferida, a apresentação de consulta constitui etapa procedimental que deve anteceder o julgamento do mérito dos recursos.

Os estreitos limites da impetração não permitem averiguar se a solução adotada pelo E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região é correta ou não, mas é possível afirmar-se, com segurança, que não houve inércia da Administração.

Acertada, portanto, a análise elaborada pela Diretoria-Geral desta E. Corte no despacho nº 5.647.196/2020 lançado no Processo SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001, na data de 01/04/2020, no qual, ao examinar os requerimentos apresentados pelos impetrantes para que seus recursos administrativos fossem julgados, assim consignou:

"Por meio da Informação DAJU 5647194, elaborada em complementação à Informação DAJU 5622546, a Secretaria de Gestão de Pessoas - SEGE noticia a superveniente juntada, a estes autos, dos documentos SEI 5644879 e 5644881, por meio dos quais o advogado LUCIANO CÉSAR BAZZOLI DA COSTA, registrado na OAB/SP sob nº 336.505, providencia o entranhamento dos necessários instrumentos de mandato e propugna pela concessão de acesso externo ao presente processo SEI.

Nesse contexto, aquela Secretaria considera regularizadas, quanto ao aspecto da representação processual, as petições outrora apresentadas por esse patrono (SEI 5572475 e 5601110) em nome de BRUNO JOSÉ BRASIL VASCONCELLOS e outros, ocupantes de cargo de Diretor de Secretaria no âmbito da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, impetrantes do Mandado de Segurança nº 5029320-24.2019.4.03.0000. **Na mencionada peça, relembre-se, requer-se, em suma, ‘O IMEDIATO julgamento dos RECURSOS ADMINISTRATIVOS dos Impetrantes.’ (destaques e sublinhados conferidos no original).**

A propósito, cumpre asseverar, mais uma vez, que o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região já proferiu decisão neste feito administrativo em 09.05.2019, e que, na ocasião, reconheceu a existência de questão prejudicial à apreciação do mérito dos recursos, que torna determinante a preliminar formulação de consulta ao órgão responsável pela padronização de procedimentos da Justiça Federal, cujas decisões são de observância obrigatória em âmbito nacional, conforme previsão insculpida no art. 105, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal (‘Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: (...); II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correccionais, cujas decisões terão caráter vinculante.’). Portanto, ainda que conhecido o pedido, caberia, s.m.j., considerá-lo prejudicado.

(...)

Ante o exposto, retifico meu parecer anterior; consubstanciado no Despacho 5634872, opinando para que se conheça do pedido contido nas petições 5572475 e 5601110, considerando-o, contudo, prejudicado pelas razões anteriormente expostas, mantendo-se, ademais, a recomendação de indeferimento dos pedidos contidos nos requerimentos SEI 5362850 e 5372148, bem como o encaminhamento de consulta ao Conselho da Justiça Federal, a ser instruída com a Manifestação 5634852, nos termos do decidido pelo Conselho da Justiça Federal da 3ª Região e da Resolução/CJF nº 105/2010.”

(grifei)

Ainda que assim não fosse, impossível seria ao CJF-3ª Região, nesse momento, ingressar no mérito dos referidos recursos administrativos.

Como já consignado no relatório, a E. Presidência deste Tribunal, em ofício encaminhado em 07/05/2020, informou que a Consulta mencionada na decisão do E. CJF-3ª Região já foi enviada “ao Conselho da Justiça Federal - CJF, por malote digital, em 3 de abril de 2020, conforme comprovante juntado no SEI 0054895-46.2017.4.03.8001 (doc. SEI 5664258)” (doc. nº 131.559.988, p. 1). Assim, a matéria já se encontra afetada àquele C. Conselho, órgão que não se sujeita à competência deste E. Tribunal. Neste sentido, destaco o seguinte precedente do C. STJ:

“RECLAMAÇÃO. ATO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPUGNAÇÃO. PROCEDIMENTO. COMPETÊNCIA.

1. De acordo com o art. 105, parágrafo único, da CF/88, o CJF é órgão que funciona junto ao STJ, de modo que seus atos devem ser aqui impugnados originariamente pela via do mandado de segurança, sendo cabível reclamação, perante o STJ, na hipótese de descumprimento de decisões daquele órgão.

2. Os atos praticados pelo CJF no exercício de sua competência não podem ser suspensos por antecipação de tutela deferida em ação ordinária ajuizada em 1º grau de jurisdição, sob pena de subverter o sistema de controle administrativo, que passaria a ser supervisionado pelos próprios destinatários.

3. Reclamação julgada procedente.”

(Rclnº 3.495/PE, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, j. 17/12/2012, DJe 28/02/2013, grifos meus)

No que se refere à alegada “a falta de análise do pedido de efeito suspensivo”, destaco que tal “omissão” por parte do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região demandaria a interposição oportuna, de embargos de declaração pelos interessados, quando intimados da decisão proferida na sessão de 09/05/2019. Não o fizeram, porém.. Tal inércia impede a impetração do MS com essa finalidade, uma vez que mandado de segurança não é sucedâneo recursal, conforme preceitua a Súmula nº 267, do C. Supremo Tribunal Federal.

Ainda que, por hipótese, fosse superada a incidência da referida Súmula, observa-se que o pedido de “efeito suspensivo” formulado pelos então recorrentes, possui nítido caráter satisfativo, antecipando os efeitos da própria pretensão recursal. Em outras palavras: tanto os recursos como os pedidos de “efeito suspensivo” objetivam um mesmo resultado, embora voltados a momentos processuais distintos.

Nesse sentido, um pequeno esforço interpretativo na análise do voto do Relator indica que o CJF-3ª Região, naquela oportunidade, entendeu juridicamente correta a posição da Diretoria do Foro de São Paulo que se manifestou no sentido de suspender o pagamento do auxílio-moradia “até a manifestação do TRF-3ª Região e/ou Conselho da Justiça Federal quanto à correta aplicação da Lei 8.112/90 e Resolução CJF nº 04/2008 na concessão do auxílio-moradia” (doc. nº 106.223.352, p.)

Tal exegese se extrai do voto do E. Relator ao afirmar: “**O procedimento atualmente adotado pela Seção Judiciária de São Paulo, de alteração de lotação do servidor, com o deslocamento da vaga para a nova Subseção, por todo o exposto, leva à supressão do pagamento do benefício, pois esta ‘definitividade’ é incompatível com a natureza e finalidade do auxílio-moradia, que constitui parcela indenizatória em razão do seu deslocamento transitório. (...) De outra parte, haja vista a divergência de entendimento e de procedimentos em relação aos demais Tribunais Regionais Federais, e tendo em vista o caráter vinculante da Resolução CJF nº 4/2008, de observância obrigatória por todas as unidades da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, afigura-se prudente a submissão da questão ao E. Conselho da Justiça Federal.**” (doc. nº 106.223.354, p. 23, grifei).

É perceptível, portanto, que a solução adotada foi no sentido de manter o estado das coisas até que o C. Conselho da Justiça Federal (Brasília) analisasse a consulta.

Assim, não havendo direito líquido e certo dos impetrantes, denego a segurança.

É o meu voto.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO DE TODOS OS DESEMBARGADORES QUE INTEGRAM O E. CJF-3ª REGIÃO. REJEIÇÃO. IMPETRAÇÃO VOLTADA A COMPELIR O CJF-3ª REGIÃO A EXAMINAR, NO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS, RECURSOS INTERPOSTOS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO E PEDIDOS DE EFEITO SUSPENSIVO. FORMULAÇÃO DE CONSULTA DIRIGIDA AO C. CJF (BRASÍLIA). DENEGAÇÃO DA ORDEM.

I- Consoante entendimento pacífico do C. STJ e desta E. Corte, a atuação do magistrado em sede administrativa não o torna impedido para o exercício da função jurisdicional caso também venha a ser provocado a se pronunciar sobre a matéria nessa esfera. Precedentes.

II- Inaplicável ao caso o disposto no art. 144, inc. I, do CPC, por se tratar de hipótese que só seria atendida caso o magistrado intervém como “*mandatário da parte*”, advogando perante terceiros, os interesses por ele representados.

III- Afastada também a previsão do art. 144, inc. V, do CPC, uma vez que o magistrado que ocupa cargo em Conselho de Justiça age no exercício de *função administrativa atípica do Poder Judiciário*. Atua com a finalidade de promover a organização da estrutura administrativa que tornará possível o desempenho da função jurisdicional, praticando atos destinados à execução de relevante serviço público. No exercício desta função, o magistrado não patrocina interesses pessoais que poderiam conflitar com a atividade judicante.

IV- Nenhuma ilegalidade ou abuso de poder há de ser reconhecida por parte do CJF-3ª Região que, ao examinar os recursos administrativos dos ora impetrantes, entendeu que, no caso concreto, era imprescindível a formulação de Consulta dirigida ao C. Conselho da Justiça Federal (Brasília), órgão ao qual compete a uniformização da matéria no âmbito do Judiciário Federal.

V - Ainda que assim não fosse, impossível seria ao CJF-3ª Região, nesse momento, ingressar no mérito dos recursos administrativos, porque a matéria já se encontra afetada àquele C. Conselho, órgão que não se sujeita à competência deste E. Tribunal.

VI - No que se refere à alegada “a falta de análise do pedido de efeito suspensivo”, destaco que tal “omissão” por parte do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região demandaria a interposição oportuna, de embargos de declaração pelos interessados, quando intimados da decisão proferida na sessão de 09/05/2019. Não o fizeram, porém.. Tal inércia impede a impetração do MS com essa finalidade, uma vez que mandado de segurança não é sucedâneo recursal, conforme preceitua a Súmula nº 267, do C. Supremo Tribunal Federal.

VII – Mesmo que fosse superada a incidência da referida Súmula, observa-se que o pedido de “efeito suspensivo” formulado pelos então recorrentes, possui nítido caráter satisfativo, antecipando os efeitos da própria pretensão recursal. Em outras palavras: tanto os recursos como os pedidos de “efeito suspensivo” objetivam um mesmo resultado, embora voltados a momentos processuais distintos.

VIII - Um pequeno esforço interpretativo na análise do voto do Relator indica que o CJF-3ª Região, naquela oportunidade, entendeu juridicamente correta a posição da Diretoria do Foro de São Paulo que se manifestou no sentido de suspender o pagamento do auxílio-moradia “até a manifestação do TRF-3ª Região e/ou Conselho da Justiça Federal quanto à correta aplicação da Lei 8.112/90 e Resolução CJF nº 04/2008 na concessão do auxílio-moradia”.

IX- É perceptível que o E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, em sua decisão, pretendeu manter o estado das coisas até que o C. Conselho da Justiça Federal (Brasília) analisasse a Consulta.

X – Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Sustentação oral: Dr. Luciano César Bazzolo da Costa - OAB 336.505-A, pelos impetrantes. O Órgão Especial, por maioria, rejeitou a preliminar de alegação de impedimento de todos os Desembargadores Federais que integram o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, nos termos do voto do Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais PEIXOTO JÚNIOR, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, ANDRÉ NEKATSCHALOW, CONSUELO YOSHIDA (Presidente em exercício), WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, PAULO DOMINGUES, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), JOHONSOM DI SALVO (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA e MARLI FERREIRA. Vencido o Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE que acolhia a preliminar. Quanto ao mérito, por maioria, denegou a segurança, nos termos do voto do Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais PEIXOTO JÚNIOR, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, ANDRÉ NEKATSCHALOW, CONSUELO YOSHIDA (Presidente em exercício), WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, PAULO DOMINGUES, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), JOHONSOM DI SALVO (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA (pela conclusão) e MARLI FERREIRA. Vencido o Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE que concedia a segurança para que sejam julgados os recursos pelo Conselho da Justiça Federal, em 30 (trinta) dias. Impedidos os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA (Presidente) e THEREZINHA CAZERTA. Ausente, ocasionalmente, o Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais SOUZA RIBEIRO e NINO TOLDO., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO (318) Nº 5029497-51.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. Presidência

EXCIPIENTE: LEONARDO SAFI DE MELO

Advogados do(a) EXCIPIENTE: RICARDO LOSINSKAS HACHUL - SP358482, RENATO LOSINSKAS HACHUL - SP307340, PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE - SP174084, CAIO HENRIQUE GODOY DA COSTA - SP385344, LEANDRO SARCEDO - SP157756, LEONARDO MASSUD - SP141981

EXCEPTO: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 148656763: requer-se *seja disponibilizada à Defesa, com a maior brevidade possível, a gravação e as notas taquigráficas do julgamento levado a efeito em 25 de novembro de 2020 (Id. 147977453).*

Defiro.

Proceda-se à juntada da transcrição do julgamento a estes autos, bem assim à disponibilização da gravação para cópia em Secretaria, observada a necessidade de prévio agendamento.

Int.

São Paulo, 3 de dezembro de 2020.

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023581-36.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: TDA INDUSTRIA DE PRODUTOS ELETRONICOS SA

Advogado do(a) AGRAVANTE: SERGIO PINTO - SP66614-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023581-36.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: TDA INDUSTRIA DE PRODUTOS ELETRONICOS SA

Advogado do(a) AGRAVANTE: SERGIO PINTO - SP66614-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TDA Indústria de Produtos Eletrônicos S/A, em face de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade oposta em face de execução fiscal ajuizada pela União Federal (autos nº 0027873-29.2003.4.03.6182).

Insurge-se a agravante retomando seus fundamentos acerca da ocorrência de prescrição intercorrente, nos termos do art. 40 da Lei 6.830/80.

Com contraminuta, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023581-36.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: TDA INDUSTRIA DE PRODUTOS ELETRONICOS SA

Advogado do(a) AGRAVANTE: SERGIO PINTO - SP66614-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à prescrição em Direito Tributário.

De início, não assiste razão às alegações deduzidas pela agravante no sentido da inexistência de sua citação válida e consequente ocorrência de prescrição material.

Isso porque constatada a dissolução irregular da sociedade empresária (ID 140319175 – fls. 44/51), ora executada, houve devido procedimento de redirecionamento da execução fiscal em face de sócio com poderes de gerência, adequadamente citado em 22.08.2006 (ID 140319176 – fl. 6).

No mais, acerca da prescrição intercorrente, colhem-se os seguintes ensinamentos:

“A expressão intercorrente é empregada em execução fiscal para designar a situação na qual a prescrição, anteriormente interrompida, volta a correr no curso do processo, nele completando o fluxo de seu prazo. Não deve ser confundida, portanto, com a prescrição iniciada antes do ajuizamento da demanda e decretada pelo juiz no curso da execução fiscal.

(...)

Trata-se da mesma prescrição prevista no CTN, no Código Civil, ou em legislação esparsa, que pode voltar a fluir no curso da execução fiscal, geralmente em virtude da inércia da exequente em fazer uso, durante o processo de execução, dos poderes, das faculdades e dos deveres inerentes ao exercício do direito de ação, por exemplo, a inércia do ente público em promover os atos cabíveis no intuito de levar o processo a termo. ”

(A prescrição Intercorrente na Execução Fiscal, 1ª ed., RJ, Ed. Lumen Juris, 2007, p.102/103).

Ainda, faz-se pertinente esclarecer que, em Direito Tributário, o prazo prescricional pode ser interrompido mais de uma vez. Nesse sentido, observam-se os julgados desta E. Turma:

"PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO POR MAIS DE UMA VEZ. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE PARCELAMENTO. EVENTO INTERRUPTIVO. IRRELEVÂNCIA DO CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. A proibição de interrupção do prazo prescricional por mais de uma vez se aplica apenas à cobrança de créditos de natureza civil (artigo 202, caput, do CC); os direitos do Poder Público seguem legislação especial, da qual não consta limitação similar:

II. A incidência subsidiária é inviável, já que a restrição contraria o regime privilegiado da Fazenda Pública.

III. O cancelamento do parcelamento a que aderiu Valdir José da Rocha - ausência de informações para a consolidação do passivo - não neutraliza os efeitos interruptivos do próprio pedido.

IV. Ao optar pelo programa de recuperação fiscal, ele reconheceu inequivocamente o débito. O reconhecimento, ainda que num ambiente de incentivo fiscal cancelado, interrompe isoladamente o prazo prescricional (artigo 174, parágrafo único, IV, do CTN).

(...)

VIII. Agravo de instrumento a que se nega provimento." (sem grifos no original)

(TRF3 - AI 00249217620154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/06/2017)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO - ART. 174, CTN- LANÇAMENTO DE OFÍCIO - DESPACHO CITATÓRIO - RECURSO REPETITIVO - PARCELAMENTO - INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO - ATO INEQUÍVOCO QUE IMPORTA EM RECONHECIMENTO DO DÉBITO - DECADÊNCIA - ART. 173, I, CTN - RECURSO IMPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, tais como a ausência das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

(...)

20. Após a propositura da execução fiscal em 2008, ou seja, quando já constituído o crédito, verifica-se o parcelamento da Lei nº 11.941/09.

21. Em matéria tributária, a prescrição pode ser interrompida mais de uma vez, sempre que ocorrer uma das hipóteses do art. 174, parágrafo único, CTN, lembrando que a disciplina da prescrição, em matéria tributária, compete tão somente à lei complementar (art. 146, III, CF). 22. Agravo de instrumento improvido." (sem grifos no original)

(TRF3 - AI 00205365120164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/04/2017)

Pois bem, no caso dos autos, em 16.05.2012, a União Federal requereu o sobrestamento da ação executiva (ID 140319176 - fl. 65), nos termos do art. 40 da Lei 6.830/80, em face da não localização de bens penhoráveis em nome dos executados.

O Magistrado *a quo*, no entanto, proferiu despacho determinando a imediata remessa do feito ao arquivo, em razão do elevado número de processos em trâmite naquele juízo (ID 140319176 - fl. 67).

Sobre este aspecto, assevera-se que, embora o Juiz de primeira instância já tivesse, em algumas ocasiões anteriores, determinado a suspensão da respectiva execução fiscal, com base no mesmo fundamento legal, é imperiosa a necessidade de decurso ininterrupto de 1 ano de suspensão do feito, antes da retomada do fluxo prescricional.

Isto porque, na hipótese em tela, em todas as vezes em que foi determinada a suspensão da ação executiva, a Fazenda Pública logrou êxito na promoção de diligências frutíferas, tais como a citação válida do sócio gerente da pessoa jurídica executada (ID 140319176 – fl. 6) e a penhora via BACENJUD (ID 140319176 – fl. 21).

Assim, requerida a suspensão da execução fiscal pela própria União Federal, identifica-se, em 16.05.2012, termo inicial do prazo anual de sobrestamento, a partir de cujo esgotamento, retoma-se automaticamente o prazo prescricional quinquenal.

Verifica-se, portanto, que a prescrição intercorrente somente teria se consumado em 17.05.2018, e considerando-se que, em 04.07.2017, a exequente promoveu o desarquivamento dos autos e requereu penhora rosto da ação ordinária nº 0075148-12.1992.4.03.6100 (ID 140319176 – fls. 69/70), posteriormente efetivada, não há que se cogitar de ocorrência de prescrição.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. ART. 40 DA LEI 6.820/80. RETOMADA DO CURSO PRESCRICIONAL. ESGOTAMENTO DO PRAZO ANUAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO VERIFICADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à prescrição em Direito Tributário.

2. Não assiste razão às alegações deduzidas pela agravante no sentido da inexistência de sua citação válida e consequente ocorrência de prescrição material. Isso porque constatada a dissolução irregular da sociedade empresária (ID 140319175 – fls. 44/51), ora executada, houve devido procedimento de redirecionamento da execução fiscal em face de sócio com poderes de gerência, adequadamente citado em 22.08.2006 (ID 140319176 – fl. 6).

3. No caso dos autos, em 16.05.2012, a União Federal requereu o sobrestamento da ação executiva (ID 140319176 - fl. 65), nos termos do art. 40 da Lei 6.830/80, em face da não localização de bens penhoráveis em nome dos executados. O Magistrado a quo, no entanto, proferiu despacho determinando a imediata remessa do feito ao arquivo, em razão do elevado número de processos em trâmite naquele juízo (ID 140319176 - fl. 67).

4. Assevera-se que, embora o Juiz de primeira instância já tivesse, em algumas ocasiões anteriores, determinado a suspensão da respectiva execução fiscal, com base no mesmo fundamento legal, é imperiosa a necessidade de decurso ininterrupto de 1 ano de suspensão do feito, antes da retomada do fluxo prescricional. Isto porque, na hipótese em tela, em todas as vezes em que foi determinada a suspensão da ação executiva, a Fazenda Pública logrou êxito na promoção de diligências frutíferas, tais como a citação válida do sócio gerente da pessoa jurídica executada (ID 140319176 – fl. 6) e a penhora via BACENJUD (ID 140319176 – fl. 21).

5. Requerida a suspensão da execução fiscal pela própria União Federal, identifica-se, em 16.05.2012, termo inicial do prazo anual de sobrestamento, a partir de cujo esgotamento, retoma-se automaticamente o prazo prescricional quinquenal. Verifica-se, portanto, que a prescrição intercorrente somente teria se consumado em 17.05.2018, e considerando-se que, em 04.07.2017, a exequente promoveu o desarquivamento dos autos e requereu penhora rosto da ação ordinária nº 0075148-12.1992.4.03.6100 (ID 140319176 – fls. 69/70), posteriormente efetivada, não há que se cogitar de ocorrência de prescrição.

6. 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.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025431-28.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: REGINA AKEMI TOMIOKA VIEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ GUILHERME DE ALMEIDA FIGUEIREDO - SP383342

AGRAVADO: ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU, SOCIEDADE BRASILEIRA DE ENSINO SUPERIOR

Advogado do(a) AGRAVADO: BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MAURO HAYASHI - SP253701-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025431-28.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: REGINA AKEMI TOMIOKA VIEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ GUILHERME DE ALMEIDA FIGUEIREDO - SP383342

AGRAVADO: ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU, SOCIEDADE BRASILEIRA DE ENSINO SUPERIOR

Advogado do(a) AGRAVADO: BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MAURO HAYASHI - SP253701-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Regina Akemi Tomioka Vieira, contra decisão que, em sede de ação ordinária (autos nº 1001139-38.2019.8.26.0443, renumerados para 5006627-49.2019.4.03.6110) ajuizada em face da Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu – UNIG e da Faculdade Associada Brasil, revogou a antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência, anteriormente concedida por Juízo Estadual.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, bem como o seu provimento para determinar a reativação de seu diploma no curso de Pedagogia, cujo registro foi realizado pela primeira recorrida.

Sem contraminuta, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025431-28.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: REGINA AKEMI TOMIOKA VIEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ GUILHERME DE ALMEIDA FIGUEIREDO - SP383342

AGRAVADO: ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU, SOCIEDADE BRASILEIRA DE ENSINO SUPERIOR

Advogado do(a) AGRAVADO: BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MAURO HAYASHI - SP253701-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à validação de diploma universitário.

De início, verifica-se ser de rigor o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal para o processamento do feito de origem, passível de cognição de ofício e a qualquer tempo.

Isso porque, em que pese este Relator já ter decidido anteriormente em sentido contrário, o assunto foi recentemente definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do conflito de competência nº 171.870/SP. *Verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. DEMANDA PROPOSTA CONTRA INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR PARA FINS DE DECLARAÇÃO DE VALIDADE DE DIPLOMA, BEM ASSIM PARA O SEU DEFINITIVO REGISTRO. CONTROVÉRSIA ENTRE PARTICULARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Osasco - SJ/SP em face do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Carapicuíba/SP em demanda ajuizada por particular contra a Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu (UNIG) e o Centro de Ensino Aldeia de Carapicuíba Ltda (CEALCA) objetivando seja declarada a validade de seu diploma e realizado o seu definitivo registro.

2. Proposta a demanda perante a Justiça Estadual, foi declinada a competência e determinada a remessa dos autos à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, pelo entendimento de que o caso envolveria registro de diploma perante órgão federal competente.

3. Após o recebimento dos autos, o Juízo Federal suscitou conflito negativo de competência por entender que a controvérsia dos autos se dá entre particulares, ainda que uma delas seja universidade privada sujeita à fiscalização da União.

4. Pelo que se extrai da inicial, o contexto em que se deu o cancelamento do registro do diploma não teve atuação direta do Ministério da Educação, e sim má interpretação de determinação - posteriormente revogada - de suspensão da autonomia universitária da UNIG, o que atingira a atividade de registro de diplomas. Não se evidenciando interesse da União no presente caso, até porque não se discute o credenciamento da universidade particular, deve ser a demanda processada e julgada na Justiça Estadual. No mesmo sentido, recente manifestação da Primeira Seção desta Corte em caso idêntico ao dos autos: AgInt no CC 167747/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 11/5/2020.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Estadual, o suscitado.

(CC 171.870/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2020, DJe 02/06/2020)

Ademais, observa-se que a competência para julgamento da demanda original é assunto já debatido nos autos, que não desafia fundamentação inédita e, portanto, não se cogita de violação aos art. 10 e 933, caput, do atual Código de Processo Civil.

Ante o exposto, reconheço, de ofício, a incompetência material da Justiça Federal, com conseqüente determinação de remessa dos autos à Justiça Estadual, e julgo prejudicado o agravo de instrumento.

É o voto.

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar: Peço vênia ao e. Relator para, em que pese a recente jurisprudência apontada, apresentar meu voto divergente.

No que tange à competência da Justiça Federal, estabelece o art. 109, I da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

No caso dos autos, a demanda na qual se origina o presente recurso objetiva que a instituição de ensino superior, responsável pelo registro do diploma emitido pela faculdade associada, revogue a decisão que cancelou o referido registro, tornando-o inválido.

O cancelamento do registro do diploma foi efetuado em razão de uma portaria publicada pelo Ministério da Educação, a portaria 738/2016, que assim dispõe:

Art. 1º Seja instaurado processo administrativo para aplicação de penalidades previstas no art. 52 do Decreto 5.773/2006 em face da Universidade Iguazu - UNIG (cód. 330), mantida pela Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu (cód. 230), recredenciada pela Portaria nº 1.318, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/1993, com funcionamento na Avenida Abílio Augusto Távora, nº 2134, Bairro: Jardim Nova Era, Nova Iguaçu/RJ.

Art. 2º Seja aplicada à Universidade Iguazu - UNIG (cód.330), medida cautelar administrativa de suspensão da autonomia universitária, em especial, o impedimento de registro de diplomas, inclusive em desfavor da própria IES, bem como o sobrestamento do processo de recredenciamento da UNIG durante a instrução do presente processo administrativo ou até decisão ulterior.

Desse modo, considerando ter havido o cancelamento do registro do diploma, em decorrência de procedimento administrativo instaurado pelo MEC, e tratando-se de ato de particular no exercício de atividade delegada pela União, vê-se que há interesse desta a ensejar a competência federal para o conhecimento e julgamento da ação.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em recurso representativo de controvérsia, julgado pelo rito previsto no art. 543-C. Senão, veja-se:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA. REGISTRO DE DIPLOMAS CREDENCIAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INTERESSE DA UNIÃO. INTELIGÊNCIA DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O acórdão recorrido abordou, de forma fundamentada, todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, razão pela qual é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

2. No mérito, a controvérsia do presente recurso especial está limitada à discussão, com base na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a competência para o julgamento de demandas referentes à existência de obstáculo à obtenção do diploma após a conclusão de curso de ensino a distância, por causa da ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação.

3. Nos termos da jurisprudência já firmada pela 1ª Seção deste Sodalício, em se tratando da competência para processar e julgar demandas que envolvam instituições de ensino superior particular, é possível extrair as seguintes orientações, quais sejam: (a) caso a demanda verse sobre questões privadas relacionadas ao contrato de prestação de serviços firmado entre a instituição de ensino superior e o aluno, tais como, por exemplo, inadimplemento de mensalidade, cobrança de taxas, desde que não se trate de mandado de segurança, a competência, via de regra, é da Justiça Estadual; e, (b) ao revés, sendo mandado de segurança ou referindo-se ao registro de diploma perante o órgão público competente - ou mesmo credenciamento da entidade perante o Ministério da Educação (MEC) - não há como negar a existência de interesse da União Federal no presente feito, razão pela qual, nos termos do art. 109 da Constituição Federal, a competência para processamento do feito será da Justiça Federal. Precedentes.

4. Essa conclusão também se aplica aos casos de ensino à distância, em que não é possível a expedição de diploma ao estudante em face da ausência de credenciamento da instituição junto ao MEC. Isso porque, nos termos dos arts. 9º e 80, § 1º, ambos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o credenciamento pela União é condição indispensável para a oferta de programas de educação à distância por instituições especificamente habilitadas para tanto.

5. Destaca-se, ainda, que a própria União - por intermédio de seu Ministério da Educação (MEC) - editou o Decreto 5.622, em 19 de dezembro de 2005, o qual regulamentou as condições de credenciamento, dos cursos de educação à distância, cuja fiscalização fica a cargo da recém criada Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do referido órgão ministerial.

6. Com base nestas considerações, em se tratando de demanda em que se discute a ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação como condição de expedição de diploma aos estudantes, é inegável a presença de interesse jurídico da União, razão pela qual deve a competência ser atribuída à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, dentre outros precedentes desta Corte, a conclusão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do RE 698440 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012.

7. Portanto, CONHEÇO do RECURSO ESPECIAL interposto pelo ESTADO DO PARANÁ e CONHEÇO PARCIALMENTE do RECURSO ESPECIAL interposto pela parte particular para, na parte conhecida, DAR PROVIMENTO a ambas as insurgências a fim de reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda. Prejudicada a análise das demais questões. Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1344771/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2013, REPDJe 29/08/2013, DJe 02/08/2013)

O mesmo entendimento foi reafirmado em julgamento de conflito de competência:

PROCESSIONAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. FACULDADE DE VIZINHANÇA DO VALE DO IGUAÇU. VIZIVALI. UNIÃO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA. REGISTRO DOS DIPLOMAS. INDENIZAÇÃO. PROFESSORES COM VÍNCULO FORMAL PERANTE INSTITUIÇÃO PÚBLICA OU PRIVADA. CASO CONCRETO. PEDIDO DE ENTREGA OU REGISTRO DE DIPLOMA. AUSÊNCIA. EXCLUSÃO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A 1ª Seção desta Corte, em recente julgamento (08.11.2017), julgou o Tema Repetitivo n. 928, nos Recursos Especiais Repetitivos ns. 1.487.139/PR e 1.487.719/PR, da relatoria do Ministro Og Fernandes, reconhecendo: (i) que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados; e (ii) que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

III - A presente demanda foi proposta em face da Faculdade de Vizinhança do Vale do Iguaçu - VIZIVALI e IESDE Brasil S/A, perante o Juízo da Vara da Comarca de Cambé/PR e, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná declinou da competência para processar e julgar o recurso, porquanto haveria interesse da União.

IV - O Juízo Federal declarou-se incompetente para o julgamento do feito e suscitou o presente conflito, uma vez que além de a ré constituir pessoa jurídica de direito privado, não há pedido formulado contra a União, autarquia ou empresa pública Federal e sequer há a indicação de ato de autoridade que atue mediante autorização ou delegação federal. Por fim, expõe que a União manifestou-se de modo a informar que inexistia interesse no feito.

V - Ação de indenização por danos morais devido a não entrega do diploma do Curso de Capacitação de Docentes dos Anos Iniciais ao Ensino Fundamental e da Educação Infantil; portanto, a falta da expedição do diploma é causa de pedir. Ausência de interesse jurídico da União a ensejar a competência da Justiça Federal, porquanto o pedido se limitaria a esfera privada entre aluno e instituição de ensino.

VI - Conflito de Competência reconhecido, para declarar competente o Juízo suscitado - o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

VII - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VIII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art.

1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

IX - Agravo Interno improvido.

(AgInt no CC 167.921/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 30/06/2020, DJe 03/08/2020)

O Supremo Tribunal Federal, igualmente, tem entendimento no sentido de que “os atos praticados ou omitidos no âmbito do Sistema Federal de Ensino devem ser avaliados pela Justiça Federal, independentemente da pretensão que, em cada demanda, os contenha como causa de pedir” (RE 1026887 AgR / PR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe-232 DIVULG 09-10-2017 PUBLIC 10-10-2017).

Nesse viés, e seguindo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, este E. Tribunal Regional Federal, já decidiu em anteriores oportunidades:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VALIDADE DE DIPLOMA. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A despeito da declaração de ausência de interesse da União, constata-se, no contexto fático a envolver a demanda, a atuação de órgão federal de regulação e supervisão do ensino superior; além de procedimentos administrativos de apuração de irregularidades.

2. Caso o pedido se limitasse à indenização por danos morais, decorrente da não obtenção do diploma, poder-se-ia cogitar da exclusão de interesse da União, dado que, nesta hipótese, a lide estaria restrita à matéria consumerista e contratual. Todavia, vez que o pedido de registro de diploma não se fundamenta em direito privado, entre aluno e instituição de ensino, mas administrativo, envolvendo a fiscalização do ensino superior, justifica-se o reconhecimento da competência da Justiça Federal.

3. No caso, o cancelamento de diplomas não ocorreu por ação unilateral da agravante, mas em decorrência de protocolo de compromisso firmado entre União e Universidade Nova Iguaçu, com participação do Ministério Público Federal, conforme explicitado no item c da Informação 26/2019/CGSO-TÉCNICOS/DISUP/SERES-MEC. Mesmo que tenha ocorrido falha da agravante em identificar irregularidades que levaram ao cancelamento do diploma, o que importaria, em tese, na revisão do ato, ainda assim estaria mantida a competência federal, uma vez que a controvérsia continuaria intimamente vinculada a atos realizados por seus órgãos.

4. Havendo, portanto, participação de órgão federal de fiscalização do ensino superior na determinação do cancelamento de diplomas, conclui-se pela competência absoluta da Justiça Federal para o processamento e julgamento do caso. Mesmo que a agravada não tenha direcionado o pedido à União, os elementos expostos indicam a presença de seu interesse jurídico na lide.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029490-93.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 24/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/07/2020)

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO DE DIPLOMA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

O Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial representativo de controvérsia (RESp 1344771/PR) pacificou entendimento de que a União possui interesse, competindo à Justiça Federal o julgamento quando a lide verse sobre o registro de diploma ou quando se tratar de mandado de segurança, nos termos do artigo 109, I da CF (CC 131.532/PR, AgRg no CC 130.370/PR, CC 167.694-SP)

Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028497-50.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 19/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/06/2020)

Desse modo, reconheço a existência de interesse da União e a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, pelo que voto por não dar por prejudicado o recurso.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE DIPLOMA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à validação de diploma universitário.
2. Verifica-se ser de rigor o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal para o processamento do feito de origem, passível de cognição de ofício e a qualquer tempo.
3. Em que pese este Relator já ter decidido anteriormente em sentido contrário, o assunto foi recentemente definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do conflito de competência nº 171.870/SP.
4. Observa-se que a competência para julgamento da demanda original é assunto já debatido nos autos, que não desafia fundamentação inédita e, portanto, não se cogita de violação aos art. 10 e 933, caput, do atual Código de Processo Civil.
5. É de ser reconhecida, de ofício, a incompetência material da Justiça Federal, com consequente determinação de remessa dos autos à Justiça Estadual.
6. Prejudicado o agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por maioria, reconheceu, de ofício, a incompetência material da Justiça Federal, com consequente determinação de remessa dos autos à Justiça Estadual, e julgou PREJUDICADO o agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, vencida a Juíza Federal Convocada Denise Avelar que reconhecia a existência de interesse da União e a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito e votava por não dar por prejudicado o recurso., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007271-64.2011.4.03.6302

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

APELANTE: FINIVEL FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ALINE BASILE CABRERA - SP291834-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007271-64.2011.4.03.6302

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

APELANTE: FINIVEL FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ALINE BASILE CABRERA - SP291834

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por FINIVEL FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA. em face do Conselho Regional de Administração de São Paulo - CRA/SP, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a registrar-se. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 2721,75 (dois mil, setecentos e vinte e um reais e setenta e cinco centavos).

Sustenta a autora que exerce a atividade de factoring, na modalidade convencional, sendo associada à Associação Brasileira de Factoring - ABFAC, à Associação Nacional de Factoring - ANFAC e sindicalizada no Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil do Estado de São Paulo - SINFAC.

Devidamente citado, o CRA/SP apresentou contestação aduzido que a autora pratica atos de administração, razão pela qual deve inscrever-se no órgão.

O juízo de origem julgou improcedente o pedido. Reconheceu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário desde a data do seu efetivo depósito, 05.09.2011, e determinou a conversão do depósito em renda a favor do réu, após o trânsito em julgado. Não houve condenação em custas e honorários. (ID 89851036 – fls. 124/126)

A autora apresentou embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Irresignada, a autora apresentou Recurso Inominado, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.099/95. Afirma que a sociedade tem como objetivo o ramo de operações de factoring, consistente “na prestação de serviços em caráter contínuo, de alavancagem mercadológica, acompanhamento de contas a receber e a pagar, seleção e avaliação de devedores ou fornecedores de clientes da sociedade conjugadamente aos serviços poderá haver a compra, à vista, total ou parcial, de direitos resultantes de vendas mercantis”, não se enquadrando nas hipóteses elencadas como Administrador. Aduz que suas atividades têm fins estritamente comerciais, não sujeitas a fiscalização do Conselho. Acrescenta que, após ser notificado para o registro, foi indevidamente autuado. Entende que a exação seria inconstitucional por apresentar caráter de contribuição social de interesse de categorias profissionais.

A Turma Recursal, por unanimidade, reconheceu, de ofício, a incompetência absoluta do JEF, nos termos do artigo 6º, inciso I, da Lei nº 10.259/01. (fls. 135/136)

Redistribuído o feito à 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto-SP, o MM. Juiz(a) *quo* julgou improcedente e condenou a autora em verba honorária fixada em 10% do valor da causa. (ID 89850630 – fls. 13/15)

A autora ofereceu embargos de declaração que foram providos, para declarar que a sujeição à fiscalização de conselho corporativo profissional decorre da mera possibilidade de exercício da atividade descrita no contrato social. O fato de ser ou não praticada essa atividade é irrelevante para fins de cobrança dos valores decorrentes dessa sujeição. Essa vinculação independe de registro, podendo decorrer da simples possibilidade de desenvolvimento da atividade. (fls. 19/20)

Apelou a autora sustentando que a sua atividade básica não é a de administrar, mas sim de comercializar títulos de crédito. Acrescenta que, de acordo com os documentos acostados aos autos, comprovou que desde 06/2011 encontra-se com as suas atividades paralisadas, não tendo sido dada baixa na empresa por um aspecto formal, em razão um débito que consta em aberto na Receita Federal. (ID 89850630 – fls. 28/41)

Com contrarrazões, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007271-64.2011.4.03.6302

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

APELANTE: FINIVEL FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ALINE BASILE CABRERA - SP291834

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada em face do Conselho Regional de Administração de São Paulo - CRA/SP, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora ao registro.

A autora é empresa que desenvolve atividade de *factoring*, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.718/88 e alega que foi compelida pelo réu a se inscrever, sob o fundamento de que as empresas de *factoring* exercem atividade básica ou final de prestação de serviços técnicos de administração.

O critério de obrigatoriedade de registro da pessoa jurídica no Conselho Profissional é determinado pela atividade básica realizada na empresa ou pela natureza dos serviços prestados. A Lei nº 6.839/80, ao regulamentar a matéria, dispôs em seu art. 1º que a inscrição deve levar em consideração a atividade básica ou em relação àquela pela qual as empresas e os profissionais prestem serviços a terceiros.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE ADMINISTRADOR. EMPRESA NÃO REGISTRADA NO ÓRGÃO. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE PRESTAR INFORMAÇÕES. 1. O critério legal de obrigatoriedade de registro no Conselho profissional é determinado pela atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados. 2. O Tribunal de origem, ao analisar o objeto social descrito no estatuto da empresa recorrente, reconheceu expressamente que suas atividades - fabricação e comercialização de gases e outros produtos químicos - não estariam sujeitas a registro no CRA. 3. Em face da ausência de previsão legal, inaplicável multa à recorrente sob o fundamento de que teria se recusado a prestar informações ao CRA. 4. Recurso Especial provido.”

(RESP 200800726124, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/10/2009)

A atividade principal de *factoring* pode estar relacionada com outras dela decorrentes, chamadas de atividades secundárias, que não implicam na necessidade de inscrição perante o Conselho. Entretanto, como bem salientou o Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, no EREsp 1236002/ES, deve ser objetivamente observada a atividade principal da empresa. Se esta consistir em operação de natureza eminentemente mercantil, não há necessidade do registro. Por outro lado, ao analisar o contrato social, se a atividade básica desenvolvida por ela exigir conhecimentos técnicos específicos na área de administração mercadológica e de gerenciamento, atinentes às esferas financeira e comercial, não se trata de *factoring* convencional, sendo necessário o respectivo Conselho Regional de Administração.

No presente caso, as atividades descritas no contrato social da empresa, ora apelante, não se enquadram às atribuições relacionadas aos profissionais fiscalizados pelo Conselho Regional de Administração.

Com efeito, o objeto social da empresa consiste em "efetuar negócios de fomento mercantil (*factoring*), que consistem na prestação de serviços, em caráter contínuo, de alavancagem mercadológica, acompanhamento das contas a receber e a pagar, seleção e avaliação de devedores ou fornecedores de clientes da sociedade e conjugadamente aos serviços poderá haver a compra à vista, total ou parcial, de direitos resultantes de vendas mercantis e/ou de prestação de serviços realizadas a prazo por seus clientes da sociedade." (art. 3º do contrato social)

Portanto, conforme se observa, a empresa desenvolve atividade de *factoring* convencional, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.718/88, não havendo necessidade de registro junto ao Conselho Regional de Administração.

Neste sentido, trago à colação o seguinte entendimento jurisprudencial:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. REGISTRO. ATIVIDADE BÁSICA DA EMPRESA. FACTORING CONVENCIONAL. REGISTRO. DESNECESSIDADE.

1. Consolidada a jurisprudência, firmada à luz do artigo 1º, da Lei 6.839/1980, no sentido de que o critério definidor de registro em conselho profissional é a identificação objetiva da atividade básica ou da natureza dos serviços prestados.

*2. O cotejo das atividades tipicamente exercidas por administrador ou técnico em administração, previstas no artigo 2º da Lei 4.769/1965, com o que é definido como *factoring*, nos termos do artigo 58 da Lei 9.430/1996, permite identificar duas atividades: o *factoring* tradicional, que envolve a cessão de créditos decorrentes dos negócios da empresa, representados em título, em que o registro junto ao Conselho Regional de Administração não é exigido, pois a atividade básica tem natureza eminentemente mercantil; e o *factoring* que, extrapolando tal âmbito de atuação, abrange a prestação de serviços típicos de gestão ou administração empresarial, evidenciando a prática de atividade social no campo privativo dos profissionais de administração, exigindo, pois, contratação de profissional e registro no conselho respectivo.*

*3. Os serviços prestados quando relacionados à própria atividade mercantil de compra de direitos creditórios, e não à prestação de serviços de administração ou gestão empresarial, não se sujeitam à fiscalização, inscrição e registro no Conselho Regional de Administração. Se sobre tais serviços ou sobre outras atividades que não sejam as básicas da empresa incide ISS, disto não resulta que esteja obrigada à inscrição ou registro no CRA. A atividade de *factoring* tradicional é reconhecida pela jurisprudência e se configura, como suposto pelo conselho, agiotagem vedada pela legislação cabe-lhe provocar às autoridades competentes para apuração das responsabilidades cabíveis, e não pleitear o sancionamento da atividade apenas porque não se sujeita à inscrição no conselho.*

*4. Na espécie, o objeto social demonstra que a atividade principal exercida pela empresa possui natureza tipicamente mercantil, sem comprovação de prestação de serviços na área específica abrangida pela legislação profissional invocada, tratando-se, pois, de *factoring* convencional, que não envolve atividade básica ou serviço relacionado à área de administração.*

5. O fato de a empresa ter requerido espontaneamente registro no órgão, e posteriormente ter solicitado cancelamento em 27/03/2015, não tem o condão de desconfigurar a atividade básica exercida, nem de tornar obrigatória a permanência e registro perante o respectivo conselho profissional, a evidenciar, pois, a manutenção da sentença, tal como proferida.

6. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, do Código de Processo Civil.

7. Apelação desprovida.

(TRF-3 - ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL / SP – 5013113-17.2018.4.03.6100 – órgão julgador: Terceira Turma – Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA – Julgamento: 26/09/2020 - e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/10/2020)

Fixo os honorários advocatícios em 10% do valor causa, em favor do autor, nos termos do artigo 85, § 2º, I ao IV, do CPC.

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE ADMINISTRADOR. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO. APELAÇÃO PROVIDA.

1-A autora é empresa que desenvolve atividade de *factoring*, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.718/88 e alega que foi compelida pelo réu a se inscrever, sob o fundamento de que as empresas de *factoring* exercem atividade básica ou final de prestação de serviços técnicos de administração.

2-O critério de obrigatoriedade de registro da pessoa jurídica no Conselho Profissional é determinado pela atividade básica realizado na empresa ou pela natureza dos serviços prestados. A Lei nº 6.839/80, ao regulamentar a matéria, dispôs em seu art. 1º que a inscrição deve levar em consideração a atividade básica ou em relação àquela pela qual as empresas e os profissionais prestem serviços a terceiros.

3-A atividade principal de *factoring* pode estar relacionada com outras dela decorrentes, chamadas de atividades secundárias, que não implicam na necessidade de inscrição perante o Conselho. Entretanto, como bem salientou o Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, no EREsp 1236002/ES, deve ser objetivamente observada a atividade principal da empresa. Se esta consistir em operação de natureza eminentemente mercantil, não há necessidade do registro. Por outro lado, ao analisar o contrato social, se a atividade básica desenvolvida por ela exigir conhecimentos técnicos específicos na área de administração mercadológica e de gerenciamento, atinentes às esferas financeira e comercial, não se trata de *factoring* convencional, sendo necessário o respectivo Conselho Regional de Administração.

4-No presente caso, as atividades descritas no contrato social da empresa, ora apelante, não se enquadram às atribuições relacionadas aos profissionais fiscalizados pelo Conselho Regional de Administração.

5- O objeto social da empresa consiste em "efetuar negócios de fomento mercantil (*factoring*), que consistem na prestação de serviços, em caráter contínuo, de alavancagem mercadológica, acompanhamento das contas a receber e a pagar, seleção e avaliação de devedores ou fornecedores de clientes da sociedade e conjugadamente aos serviços poderá haver a compra à vista, total ou parcial, de direitos resultantes de vendas mercantis e/ou de prestação de serviços realizadas a prazo por seus clientes da sociedade." (art. 3º do contrato social)

6-Portanto, conforme se observa, a empresa desenvolve atividade de *factoring* convencional, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.718/88, não havendo necessidade de registro junto ao Conselho Regional de Administração.

7-Honorários advocatícios fixados em 10% do valor causa, em favor da autora, nos termos do artigo 85, § 2º, I ao IV, do CPC.

8-Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007481-86.2009.4.03.6108

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRIGOLS.A., FRIGOLS.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCELO DA GUIAROSA - SP118674-A, JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A

Advogados do(a) APELADO: JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A, MARCELO DA GUIAROSA - SP118674-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007481-86.2009.4.03.6108

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRIGOLS.A., FRIGOLS.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCELO DA GUIAROSA - SP118674-A, JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A

Advogados do(a) APELADO: JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A, MARCELO DA GUIAROSA - SP118674-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face do v. acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO EM AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. Remessa oficial tida por interposta, nos termos do art. 496, I, do Código de Processo Civil.

2. 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.

3. 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 sim ônus fiscal.

4. 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.

5. 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.

6. Reconhecido o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 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 ação foi proposta em 26/08/2009.

7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior:

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 do STJ.

10. Apelação não provida e remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.

A União Federal, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja declarada a suspensão do presente feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706/PR. Pugna seja esclarecida a ausência de fundamentação em relação à determinação de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais. Postula, ainda, que a definição do critério de cálculo concernente ao ICMS dedutível seja postergada para a fase de liquidação ou cumprimento de sentença e que, superados esses pontos, defina-se que o ICMS a ser excluído é o efetivamente pago, recolhido.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007481-86.2009.4.03.6108

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRIGOL S.A., FRIGOL S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCELO DA GUIA ROSA - SP118674-A, JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A

Advogados do(a) APELADO: JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A, MARCELO DA GUIA ROSA - SP118674-A

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante inconformada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente abordado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, como o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Com efeito, o r. *decisum* consignou expressamente a impossibilidade de sobrestar o presente feito, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

Noutro giro, ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706/PR, segundo o qual **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.

Registre-se, ainda, que o raciocínio constante do v. acórdão derivou de fundamentação jurídica robusta e da jurisprudência sedimentada deste órgão colegiado.

Por oportuno, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROSEGUIMENTO NA TRAMITAÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.035, § 5º, CPC. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

1. Cabe ao relator do processo submetido à repercussão geral determinar a suspensão dos feitos em trâmite nas instâncias inferiores, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil. Ainda, não fora determinada a suspensão nacional dos processos que tratam da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo certo que o efeito suspensivo delimitado no atual Código de Processo Civil é ope juris e não ope legis, razão pela qual, enquanto o relator do recurso extraordinário repetitivo não determinar tal efeito, este não subsiste.

2. O acórdão não se baseou unicamente na decisão do RE nº 574.706/PR, por outro lado, o entendimento firmado se dá pela evolução jurisprudencial acerca do tema pelos Tribunais pátrios e pelo quanto já decidido reiteradamente nessa E. Terceira Turma, sendo certo que a ausência de trânsito em julgado daquele paradigma não interfere na decisão proferida nesses autos.

3. Quanto à alegada omissão em relação a não manifestação expressa acerca do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, melhor sorte não acompanha a embargante, pois resta hialino que fora reconhecido que o ICMS não detém a natureza jurídica de receita da sociedade empresária, razão pela qual é impossível a incidência do PIS e da COFINS sobre tal parcela.

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

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002561-27.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 07/10/2019, Intimação via sistema DATA: 09/10/2019)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Quanto à suspensão do feito, não há como acatar o pedido 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. Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão.

2. No mérito, a embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

3. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduziram o julgador a decidir pela impossibilidade de inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.

5. Embargos de Declaração rejeitados.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004811-96.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 17/06/2019, Intimação via sistema DATA: 25/06/2019)

“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.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do 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. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, bem como o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores e desta Turma, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado, nem mesmo inovação recursal, como alegado pela Fazenda Nacional.

As questões, portanto, foram decididas em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém 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, um a um, 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. PREQUESTIONAMENTO. 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. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. 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.
4. A questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706/PR, segundo o qual **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.
5. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, bem como o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores e desta Turma, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado, nem mesmo inovação recursal, como alegado pela Fazenda Nacional.
6. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001971-87.2020.4.03.6183

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DIOGO MARTINS PERES FILHO

Advogado do(a) APELADO: FABATA CAMPOS RUSSO - SP398163-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001971-87.2020.4.03.6183

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DIOGO MARTINS PERES FILHO

Advogado do(a) APELADO: FABATA CAMPOS RUSSO - SP398163-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Diogo Martins Peres Filho** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/SP – CEAB SRI, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do seu requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição.

O MM. Juiz *quo* concedeu a segurança e deferiu a liminar para garantir ao impetrante o direito líquido e certo à conclusão da análise do requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição protocolo nº 388.700.334, no prazo de 10 (dez) dias (ID 142697901).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) a Administração não está inerte quanto à análise do pedido do acionante, muito pelo contrário, tem se movimentado para modernizar o atendimento ao público (INSS DIGITAL) e adotou fluxo de trabalho que prima pelo tratamento isonômico dos requerentes ao aplicar a ordem cronológica como premissa para exame dos requerimentos administrativos, o que demonstra inexistir qualquer ilegalidade a ser aqui guerreada;
- b) os prazos legais invocados na exordial (Leis n.º 9.784/99 e n.º 8.213/91) foram estipulados pelo legislador há mais de uma década, em contexto fático distinto do atual, razão pela qual estes podem ser flexibilizados, mormente quando apresentadas justificativas razoáveis ao diferimento do exame dos requerimentos apresentados;
- c) o INSS passa por uma grave crise de aposentadoria em massa de seus servidores, havendo risco até mesmo de fechamento de agências por falta de servidores a partir do início de 2019, o que deve ser considerado nos autos;
- d) o deferimento da pretensão apenas acarretaria o efeito “fura-fila”, pois outros segurados à frente do impetrante na ordem de espera por decisão administrativa serão preteridos e terão que esperar pela apreciação mais célere da pretensão da parte autora deste feito, causando tumulto e dificuldades extras na gestão da ordem de processos esperando apreciação administrativa, que é cronológica.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Geisa de Assis Rodrigues, opinou pelo desprovimento da apelação (ID 142900469).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001971-87.2020.4.03.6183

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DIOGO MARTINS PERES FILHO

Advogado do(a) APELADO: FABATA CAMPOS RUSSO - SP398163-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis:*

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou o requerimento de benefício previdenciário no dia 01.07.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (11.02.2020) não havia qualquer perspectiva de análise pela autarquia.

A autoridade impetrada, por sua vez, somente apreciou o pedido após notificada para prestar informações (ID 142697913), vindo, sem dúvidas, a extrapolar os limites da razoabilidade, em clara ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002261-73.2020.4.03.6128

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

APELANTE: ELAIDO RODRIGUES DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: ELITON FACANHA DE SOUSA - SP282083-A, GABRIEL MENDES - SP367426-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002261-73.2020.4.03.6128

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

APELANTE: ELAIDO RODRIGUES DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: ELITON FACANHA DE SOUSA - SP282083-A, GABRIEL MENDES - SP367426-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ELAIDO RODRIGUES DA SILVA** contra sentença proferida em autos de mandado de segurança, que extinguiu o feito nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC, por superveniente perda do objeto.

O impetrante narra na inicial que as diligências determinadas pela 14ª Junta de Recursos encontram-se pendentes de cumprimento pela autarquia previdenciária.

Inconformado, o recorrente sustenta, em síntese, que após a prolação da decisão de deferimento da liminar, a autoridade impetrada apenas informou a remessa do processo, sem o cumprimento das medidas determinadas pela Junta de Recursos, o que não alterou a situação do segurado, que aguarda a conclusão do processo administrativo.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A D. Procuradoria Regional da República não opinou acerca do mérito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002261-73.2020.4.03.6128

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

APELANTE: ELAIDO RODRIGUES DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: ELITON FACANHA DE SOUSA - SP282083-A, GABRIEL MENDES - SP367426-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora que dê andamento a processo administrativo paralisado, referente à concessão de benefício previdenciário.

O requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição foi indeferido, tendo sido interposto recurso, o qual foi distribuído à 14ª Junta de Recursos.

O julgamento do recurso foi convertido em diligência a fim de que o INSS cumprisse as medidas descritas e devolvesse o processo à Junta de Recursos (ID 141685182).

Os autos foram remetidos à autarquia em 18.07.2019 e até a impetração do *mandamus*, em 20.05.2020, ainda não existia qualquer perspectiva de atuação por parte da autoridade administrativa, razão pela qual entendeu o Juízo de origem que estavam presentes os requisitos para concessão de medida liminar, determinando que a autoridade coatora cumprisse a decisão proferida pela Junta de Recursos, no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

A autoridade impetrada prestou informações, asseverando que o processo foi redistribuído à 14ª Junta de Recursos do CRPS para cumprimento da diligência diretamente junto à Perícia Médica Federal, em 03.06.2020, pelos fundamentos expostos no despacho proferido nos autos, no âmbito da APS de Jundiaí (ID 141685192).

Sobreveio, então, a sentença de extinção do feito por superveniente perda do objeto, nos termos do inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil.

No entanto, o cumprimento da liminar, concedida em caráter precário, não implica perda do objeto da demanda, impondo-se a reforma da sentença fundada no art. 485 do CPC a fim de que se prossiga no exame do mérito da causa, em juízo de cognição exauriente.

Encontrando-se o feito em condições de imediato julgamento, com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC, passo à análise do mérito.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei n. 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o *prazo* de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

Nesse contexto, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de concretização dos valores constitucionais, o que não ofende o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora na prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo como 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:.) (grifei)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a 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) (grifêi)

In casu, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99, pelo que se impõe a concessão de ordem, tomando definitiva a liminar anteriormente concedida.

Por outro lado, quanto à alegação de descumprimento pela autoridade impetrada das determinações da Junta de Recursos, há que se salientar que o INSS concluiu pela devolução dos autos à Junta para cumprimento da diligência diretamente junto à Perícia Médica Federal, fundamentando tal decisão, nos seguintes termos (ID 141685192):

“(…)

3. Considerando as alterações nos procedimentos recursais em matéria de perícia médica a serem executados pelo Conselho de Recursos da Previdência Social e pela Secretaria da Perícia Médica Federal, disciplinados na Orientação Interna SPREV/SEPRT N° 04, de 18 de dezembro de 2019;

4. Considerando que o novo fluxo prevê que a tramitação para a Subsecretaria da Perícia Médica Federal de todas as solicitações pendentes de parecer técnico em matéria médica deverá ser realizada diretamente pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, através do E-SISREC;

5. Em observância à normativa citada, retornamos o processo ao órgão julgador a fim de que seja realizada diretamente a tramitação à Perícia Médica Federal pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, caso aquele entenda que persiste a necessidade de encaminhamento.

6. À 1ª Composição Adjunta da 14ª Junta de Recursos do CRPS em devolução.”

Assim, não mais se verifica inércia por parte da autoridade impetrada, que, de maneira fundamentada, concluiu que era o caso de devolver o feito, cabendo à Junta de Recursos avaliar a pertinência dos fundamentos apresentados pelo INSS.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para conhecer o mérito do mandado de segurança, nos termos do artigo 1.013, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, e conceder a ordem para confirmar a liminar anteriormente concedida nestes autos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO FEITO AFASTADA. CAUSA MADURA. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida em autos de mandado de segurança, que extinguiu o feito nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC, por superveniente perda do objeto.
2. O cumprimento da liminar, concedida em caráter precário, não implica perda do objeto da demanda, impondo-se a reforma da sentença fundada no art. 485 do CPC a fim de que se prossiga no exame do mérito da causa, em juízo de cognição exauriente.
3. Julgamento imediato do mérito com fulcro no artigo 1.013, § 3º, inciso I, do CPC.
4. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
5. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
6. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
7. Segurança concedida para confirmar a liminar anteriormente concedida.
8. Não mais se verifica inércia por parte da autoridade impetrada, que, de maneira fundamentada, concluiu que era o caso de devolver o feito, cabendo à Junta de Recursos avaliar a pertinência dos fundamentos apresentados pelo INSS.
9. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, para conhecer o mérito do mandado de segurança, nos termos do artigo 1.013, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, e concedeu a ordem para confirmar a liminar anteriormente concedida nestes autos. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005281-02.2020.4.03.6119

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

APELADO: ATELIER MECANICO MORCEGO LTDA

Advogado do(a) APELADO: NOEMIA APARECIDA PEREIRA VIEIRA - SP104016-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005281-02.2020.4.03.6119

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ATELIER MECANICO MORCEGO LTDA

Advogado do(a) APELADO: NOEMIA APARECIDA PEREIRA VIEIRA - SP104016-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário, submetido de ofício, e apelação da União, em face de sentença de procedência, em ação de rito ordinário ajuizada por **Atelier Mecanico Morcego Ltda.**, objetivando a suspensão da exigibilidade do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, bem como o reconhecimento ao direito de compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, garantindo à parte autora o direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e autorizou a compensação/restituição das quantias indevidamente recolhidas a tal título nos cinco anos que precedem o ajuizamento da ação. Condenou, ainda, a União ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, e deixou de submeter a sentença ao reexame necessário (Id 143466572, p. 1-3).

Com contrarrazões da parte autora (Id 6143466578, p. 2-25), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005281-02.2020.4.03.6119

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ATELIER MECANICO MORCEGO LTDA

Advogado do(a) APELADO: NOEMIA APARECIDA PEREIRA VIEIRA - SP104016-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, tornando prematura a aplicação do artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, impondo-se, portanto, a remessa necessária.

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.

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.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram 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 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

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

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

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

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

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

V - Agravo regimental provido."

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

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

A exclusão do ICMS da base de cálculo 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, 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 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)

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.

Nesse ponto, cumpre considerar 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.

Veja-se novamente a ementa do julgado:

“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 REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

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 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 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, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*
- 10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*
- 11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
- 12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*

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

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

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

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

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

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

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

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do 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-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

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

4. A Tabela Única 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)

No que se refere à sucumbência, a União deverá pagar os honorários advocatícios em percentual mínimo sobre o valor do proveito econômico, a ser apurado em liquidação de sentença, observados os parágrafos 3º a 5º do art. 85 do Código de Processo Civil.

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

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA E REMESSA NECESSÁRIA, SUBMETIDA DE OFÍCIO, PROVIDA EM PARTE.

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. O valor a ser abatido pelo contribuinte é 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.
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 à parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente.
5. 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.
6. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente *demand*a foi ajuizada.
7. 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.
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 a data do pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa oficial provida em parte e recurso de apelação da União desprovido.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012931-27.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: GTRAN TRANSPORTES E LOGISTICA LIMITADA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANTONIO SARRAINO - SP104666-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012931-27.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: GTRAN TRANSPORTES E LOGISTICA LIMITADA.

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **GTRAN TRANSPORTES E LOGÍSTICA LIMITADA**, contra a r. decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança de n. 5002412-81.2020.4.03.6114, impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo e em trâmite perante o Juízo Federal da 25ª 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 a afirmação da parte no sentido de que não está em condições de pagar as despesas processuais seria suficiente para 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 levou à queda de seu faturamento, além da sua situação de endividamento fiscal, demonstram que é patente seu atual estado de hipossuficiência econômica, motivo pela qual deve ser deferido o benefício de isenção das custas processuais.

Intimada, a parte agravada apresentou suas contrarrazões, e nelas pugnou pelo desprovimento do recurso.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do d. Procurador Regional República Leonardo Cardoso de Freitas, entendeu estarem ausentes interesses a ensejar a intervenção do órgão ministerial.

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

De início, 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, não foram trazidos documentos hábeis (balancetes contábeis, títulos protestados etc.) a comprovar a alegada precariedade econômica, que justificasse a isenção das custas. Há nos autos de origem documentos relacionados aos débitos fiscais, mas esse conjunto probatório não afasta a existência fontes de receita da pessoa jurídica, nem atesta que não haveria disponibilidade financeira para suportar o pagamento das custas do processo.

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

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 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, não foram trazidos documentos hábeis (balancetes contábeis, títulos protestados etc.) a comprovar a alegada precariedade econômica, que justificasse a isenção das custas. 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.

3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001081-79.2017.4.03.6143

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SORG INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: ILSO N FRANCISCO MARTINS - SP258738-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001081-79.2017.4.03.6143

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SORG INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: ILSON FRANCISCO MARTINS - SP258738-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** em face da sentença que julgou procedente o pedido para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e reconhecer o direito à compensação e/ou restituição, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a apelante requer, o sobrestamento do feito, e, no mérito sustenta, em síntese, que:

a) é constitucional a inclusão do ICMS na base de Cálculo do Pis e da Cofins, já que o ICMS integra o faturamento, tal como definido em lei;

b) o acórdão paradigma do STF não observou a edição da Lei n.º 12.973/2014;

c) não há falar em repetição do indébito, pois tendo em conta que o ICMS comporta, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro ao consumidor final, (art. 166 do CTN), não há nos autos prova da impetrante haver assumido referido encargo, sequer autorização expressa do consumidor final, autorizando a presente ação;

d) a compensação deve observar o contido no art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com a redação dada pela Lei n.º 10.637/2002, a alteração promovida pela Lei n.º 13.670/2018 e o art. 170-A do CTN;

e) a restituição do indébito deve observar a necessidade de precatório, devendo ocorrer somente na via judicial.

Conquanto intimada a apelada não ofereceu contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001081-79.2017.4.03.6143

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SORG INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: ILSON FRANCISCO MARTINS - SP258738-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem restados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Anote-se, ainda, que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, em apreço, por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR), consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

Ainda, conforme o art. 1.030, I, 'a', do Código de Processo Civil, o Vice-Presidente deverá negar seguimento "*a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral*".

Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, tal análise dá-se com a publicação do acórdão paradigma, *verbis*:

"A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma." (STF, ARE 977.190 AgR/MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento: 09/11/2016);

e

"A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma" (STF, RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgamento: 21/8/2017).

Corroborando o tema, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, verbis:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE" - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Passo ao exame do mérito.

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

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

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

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS . 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS ."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

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

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

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

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

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

V - Agravo regimental provido."

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

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

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

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

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

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

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

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

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

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

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

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

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

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

Cumpra observar, outrossim, no tocante à alegação de necessária observância ao art. 166 do CTN, que, 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.

Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato, o que afasta a aplicação do citado dispositivo.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente demanda foi ajuizada e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tomou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão da presente demanda ter sido ajuizada antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, aplica-se a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. Ficando, destarte, afastada a observância do quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

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

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

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

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

Agravo regimental improvido."

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

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, apenas para afastar a possibilidade de restituição do indébito em espécie, administrativamente, independentemente de precatório, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

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

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores restem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei 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 e/ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A 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. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

9. Recurso de apelação provido em parte.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010761-87.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: PERALTA COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUILHERME COSTA ROZO GUIMARAES - SP258149

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010761-87.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: PERALTA COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUILHERME COSTA ROZO GUIMARAES - SP258149

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **PERALTA COMERCIO E INDUSTRIALTD**A, contra a r. decisão proferida nos autos da execução fiscal de n. **0007215-79.2013.4.03.6134**, ajuizada pela UNIÃO, em trâmite perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Americana/SP.

O MM. Magistrado de primeira instância por meio da decisão combatida indeferiu a suspensão da execução fiscal, por entender que a ação declaratória de inexistência de sucessão tributária, ajuizada posteriormente à execução, não teria o condão de impedir o prosseguimento da marcha processual do feito executivo. Outrossim, afastou a possibilidade de concessão da tutela de urgência, por estarem ausentes os seus requisitos, quais sejam, a probabilidade do direito alegado e o risco de dano de difícil ou incerta reparação.

A parte agravante alega, em síntese, que:

- há decisão em ação declaratória de inexistência de relação jurídica em que se determinou que a União se abstinhasse de realizar novos redirecionamentos em face da agravante
- a discussão acerca da inexistência de grupo econômico na demanda declaratória impõe incerteza à CDA, razão pela qual há prejudicialidade externa, e, conseqüentemente, a suspensão da execução fiscal
- embora o Juízo em que tramita a ação declaratória tenha negado a tutela provisória para anular ou suspender redirecionamentos já realizados em execuções fiscais, nada impede que o Juízo da execução reconheça alegada prejudicialidade externa, a fim de que se evite decisões conflitantes.

Requer, pois, a exclusão ou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em cobrança, e/ou a suspensão da execução fiscal e de atos expropriatórios exclusivamente com relação à si.

Intima, a União apresentou suas contrarrazões, e pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010761-87.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: PERALTA COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUILHERME COSTA ROZO GUIMARAES - SP258149

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

Versamos autos de origem sobre execução fiscal de crédito tributário, em que foi determinada a inclusão no polo passivo da sociedade empresária agravante.

Consta dos autos que existem inúmeras execuções fiscais contra a pessoa jurídica Supermercados Batagin LTDA, e que em diversas delas foi reconhecida a existência de formação de grupo econômico, com a inclusão da agravante, Peralta Comércio e Indústria LTDA no polo passivo, para que responda pelos créditos tributários na forma do art. 133 do Código Tributário Nacional.

Em virtude disso, a recorrente ajuizou demanda, cuja tutela jurisdicional pretendida é a declaração de inexistência de sucessão tributária, e nela requereu tutela de urgência para suspender os atos que determinaram sua inclusão no polo passivo de diversas execuções fiscais, pedido que foi negado.

Dessa decisão foi interposto agravo de instrumento, de relatoria do e. Des. Fed. Carlos Muta, em que foi dado parcial provimento ao recurso, apenas para que a União se abstinhasse de realizar novos redirecionamentos, até que julgada a demanda declaratória.

Em razão deste acórdão, a recorrente requereu ao Juízo da execução fiscal que o trâmite processual fosse suspenso, o que lhe foi indeferido, como consignado no relatório.

Feito esse breve relato, a fim de melhor contextualizar a pretensão recursal, para dizer que a pretensão recursal não pode ser acolhida.

De início, é preciso ressaltar que a parte agravante não apresenta nos autos a decisão de primeira instância que determinara a sua inclusão no polo passivo da execução fiscal, que, segundo consta da decisão agravada, foi proferida em 2010, portanto muito antes da inserção de seu nome junto ao débito em sede administrativa.

Como consigna o MM. Magistrado de primeira instância, a inclusão da agravante como corresponsável pelo crédito tributário decorre de autorização judicial já existente, e configura apenas uma correção de dados cadastrais da Fazenda.

Assim sendo, a parte agravante não demonstra que houve desrespeito à decisão proferida no agravo de instrumento nº 0028462-20.2015.4.03.0000.

No que se refere à alegada existência de prejudicialidade externa, este tribunal, em outras oportunidades, já decidiu que a existência de ação de conhecimento como intuito de declarar inexistência de relação que implique desconstituição de obrigação tributária não traz de *per se* o condão de interferir no andamento da execução fiscal, a determinar a sua suspensão.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. NEXO DE PREJUDICIALIDADE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO NESSE SENTIDO. RISCO NULO DE CONTRADIÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. INAPLICABILIDADE À COBRANÇA JUDICIAL DE DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. O redirecionamento deferido nos autos da execução fiscal nº 0010799-57.2013.4.03.6134 não está impedido de provocar atos de constrição patrimonial.

II. Inicialmente, o acórdão proferido no agravo de instrumento extraído da ação declaratória nº 0020393-32.2015.4.03.6100 não tem aplicação, porquanto, segundo o próprio dispositivo, ele somente alcança futuros redirecionamentos, especificamente os deferidos a partir da publicação da ementa (02/2016).

III. A responsabilidade tributária acionada na execução fiscal nº 0010799-57.2013.4.03.6134, diferentemente, foi deferida por decisão de 12/2012 e se exime dos efeitos do julgamento colegiado.

IV. Ainda que o objeto da ação declaratória não tenha limitação, a simples propositura de demanda pelo sujeito passivo não pode suspender isoladamente a cobrança judicial de Dívida Ativa tributária.

V. O CTN não inclui nas hipóteses de suspensão da exigibilidade de crédito tributário o nexo de prejudicialidade externa (artigo 151). Ele prevê condição transcendente, especificamente a prolação de decisão em juízo de cognição sumária – tutela provisória.

VI. E a ação declaratória não possui qualquer provimento judicial nessa direção; o acórdão proferido no agravo de instrumento se restringiu a suspender redirecionamentos futuros, deixando de atingir os já deferidos.

VII. Não haveria espaço para o emprego de interpretação extensiva do artigo 151; a própria lei complementar exige exegese literal (artigo 111, I).

VIII. Ademais, nem os requisitos do nexo de prejudicialidade externa estão presentes (artigo 313, V, a, do CPC). A execução fiscal não tem qualquer potencial para abrigar sentença de mérito, a ponto de justificar a prevenção de contradições – objetivo da paralisação. O procedimento se volta à satisfação de direito de crédito constante de título executivo, sem a proposta de acerto de relação jurídica.

IX. A suspensão também não é possível sob o influxo do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, inaplicável à execução fiscal.

X. A Lei nº 6.830/1980 prevê como sujeito passivo o responsável tributário (artigo 4º, V), reconhecendo-lhe imediatamente legitimidade e dispensando a formação de título executivo específico, que constitui um dos efeitos do incidente de despensalização.

XI. Desde que estejam presentes indícios de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto (artigos 124 e 135 do CTN), o redirecionamento é deferido, para que os devedores solidários paguem ou nomeiem bens à penhora. Eles não recebem citação para exercer o contraditório, que se processa posteriormente, através de exceção de executividade ou de embargos.

XII. O próprio Código de Processo Civil acolhe essa singularidade da cobrança judicial de Dívida Ativa: diversamente do sócio declarado devedor no incidente, o artigo 779, VI, relaciona como sujeito passivo imediato da execução extrajudicial o responsável tributário, descartando a composição de título específico, exigível no primeiro caso (artigo 790, VII).

XIII. Pode-se dizer que o procedimento de desconsideração decorre de norma geral superveniente, que não acarreta a revogação de regra especial (artigo 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942). A Lei nº 6.830/1980 já trazia uma metodologia própria para o redirecionamento, que não correspondia a uma etapa especial de cognição.

XIV. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010927-22.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 03/05/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2018)

AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. AÇÃO DE CONHECIMENTO. PREJUDICIALIDADE EXTERNA INEXISTENTE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. NÃO CABIMENTO. PENHORA “ON LINE. POSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Não prospera o alegado descumprimento de provimento jurisdicional emanado por esta Corte nos autos do Agravo de Instrumento nº 0028462-20.2015.4.03.0000, julgado pela E. Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, em sessão de 18/02/2016, publicado em 26/02/2016 (pendente de recurso especial – AREsp nº 1.193.961).

2. O redirecionamento em face da agravante ocorreu por força de decisão anterior, proferida em 26/11/2009 pelo MM. Juiz a quo (fls. 350/350vº - autos originários). Tal decisão resta, ainda, convalidada por acórdão desta E. Sexta Turma lavrado em 16/08/2012 (DJe 23/08/2013), nos autos do Agravo de Instrumento nº 0017415-88.2011.4.03.0000, interposto pela União Federal, em que figuram como executadas Supermercados Batagin Ltda. e outros e Peralta Com/ e Ind/ Ltda., ocasião em que foi reconhecida a existência de indícios suficientes da ocorrência de sucessão empresarial, nos termos do art. 133 do CTN, transitado em julgado em 07/11/2017.

3. Inaplicável a tutela antecipada deferida na Ação Ordinária, através do Agravo de Instrumento nº 0028462-20.2015.4.03.0000, aos redirecionamentos já efetuados, consoante expressamente consignado na ementa do julgado.

4. O redirecionamento ora questionado foi determinado antes mesmo do ajuizamento da Ação Ordinária nº 0020393-32.2015.4.03.6100, protocolizada em 06/10/2015, pelo que não há que se falar em prejudicialidade externa a ensejar a suspensão da execução fiscal subjacente.

5. Com relação à penhora “on line” determinada pelo Juízo a quo, assinala-se que a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.184.765/PA, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou entendimento no sentido de que a utilização do sistema BACENJUD, no período posterior à vacatio legis da Lei nº 11.382/2006 (21.01.2007), que inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.

6. A Egrégia Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.184.765/PA, de acordo com o regime previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, deixou ainda consignado que o bloqueio de ativos financeiros em nome do executado, por meio do sistema BACENJUD, não deve descuidar do disposto no art. 649, IV, do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 833, IV, do CPC/2015), com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006, segundo o qual são absolutamente impenhoráveis "os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal".

7. Nota-se, por fim, ser ônus do executado a comprovação da impenhorabilidade do bem construído.

8. No caso em tela, a agravante não trouxe qualquer prova de que os valores bloqueados serão utilizados para o pagamento de salários, assim como de que inviabilizariam as atividades da empresa.

9. Ademais, conforme já decidiu a jurisprudência desta Corte, "a mera alegação de que a penhora de ativos financeira causa danos e onerosidade excessiva ao devedor não pode ser acolhida, já que é ônus do executado provar o fato constitutivo do respectivo direito em contraposição à preferência legal instituída, não sendo bastante indicar apenas as despesas existentes, sem provar receita e balanço financeiro da empresa, e a própria vinculação inequívoca de tais recursos à finalidade essencial assinalada". Precedentes.

10. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5007152-96.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 08/06/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 13/06/2018)

Ressalte-se que nos precedentes supracitados são analisados recurso acerca da mesma temática e com relação à mesma parte agravante nesse recurso.

Destaque-se ainda que a matéria tratada na ação declaratória poderia ser objeto de embargos à execução fiscal, acompanhada da garantia do crédito tributário, ou ainda embargos de terceiro, e, em qualquer desses casos haveria a suspensão da execução fiscal.

Além disso, não se pode esquecer que o processo de execução fiscal, em que se origina o presente recurso, já estava em trâmite há muitos anos quando do ajuizamento da ação declaratória, sendo certo que para a suspensão há de ser observada uma ordem temporal de propositura das demandas, ou seja, a suspensão pode ocorrer se o processo prejudicial já estava em trâmite no momento em que proposta a ação prejudicada (Arruda Alvim, *Manual*, p. 852).

No tocante ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, deve-se atentar para o fato de que as hipóteses que a ensejam estão taxativamente previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional. Ainda que fosse o caso de se reconhecer a prejudicialidade externa, o que não se verifica, seria impossível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Para tanto, deveria a parte fazer o depósito integral do valor do crédito tributário devido e atualizado.

Por derradeiro, relativamente à alegação de que a CDA teria perdido sua característica de certeza, diante da propositura da demanda, igualmente sem razão a parte agravante.

A certidão de dívida ativa tem presunção de liquidez e certeza que somente podem ser afastadas mediante a comprovação de que não tenha cumprido os seus requisitos. O mero questionamento de relação jurídica, que sequer envolve a Fazenda Pública, não tem o condão de retirar tal presunção, sendo necessária prova robusta de que não atendidos os requisitos legais em sua elaboração.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NULIDADES. EXCESSO DE EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA.

1. Sobre os limites da exceção de pré-executividade dispõe a Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."
2. Infundada a nulidade, por falta de demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, ou de indicação do valor originário, inclusive para aferição da base de cálculo do IRPF, além do termo e forma de calcular juros e encargos, conforme os artigos 2º, § 5º e 6º, LEF, 202 do CTN, e 798, I, alínea "b", do CPC/2015 (artigo 614, II, CPC/1973), de sorte a viar a execução fiscal à luz dos artigos 783 e 803 do CPC/2015 (artigos 586 e 618 do CPC/1973).
3. O valor originário dos débitos consta de todas as CDA's, tal qual a multa de mora, sujeitos à correção monetária e juros de mora, com os termos iniciais apontados e de acordo com os critérios da legislação respectiva. Note-se, por outro lado, que os tributos (PIS/COFINS/IRPJ) foram lançados com base na declaração do próprio contribuinte, indicando, pois, a manifesta impropriedade da alegação de omissão, ocultação e obscuridade da respectiva base de cálculo, que tanto era de conhecimento do contribuinte, que este a declarou, tendo sido homologado o lançamento fiscal, com ajuizamento da execução fiscal apenas porque o próprio contribuinte não recolheu o tributo que declarou.
4. Por tal circunstância é que se revela patente a inviabilidade da argumentação de violação de eventual ampla defesa do artigo 5º, LV, CF, em razão da falta de juntada do processo administrativo. É que, conforme demonstrado, o crédito constituído por lançamento do contribuinte, mas não pago, pode ser diretamente executado, sem a exigência de qualquer formalidade, nos termos da Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco". Mesmo quando necessário o processo administrativo-fiscal para instauração do procedimento, não é considerado documento essencial para a propositura da execução fiscal (artigos 3º e 6º, §§ 1º e 2º, LEF), razão pela qual é ônus específico da executada a demonstração concreta da utilidade e da necessidade da requisição como condição para o regular exercício do direito de ação e de defesa, o que não ocorreu na espécie, visto que genericamente deduzido o erro in procedendo.
5. Quanto à alegação genérica de prescrição, verifica-se que entre os vencimentos (2014 e 2015) e o ajuizamento da execução fiscal (2018) não houve decurso de prazo superior a cinco anos, nem prescrição à luz da Súmula 106/STJ.
6. Igualmente, não procede a alegação de inconstitucionalidade da base de cálculo e da alíquota do PIS/COFINS, com base na Lei 9.718/1998, pois a cobrança abrange períodos já sob a vigência das Lei 10.637/2002 e 10.833/2003, e o artigo 195, I, alínea "b", da CF, não se cogitando do vício apontado.
7. Ainda que, por hipótese, houvesse inconstitucionalidade a ser decretada, não caberia, na via eleita, discutir a inexigibilidade dos títulos executivos. Sucede, com efeito, que, em se tratando de impugnar título executivo, em que o valor do ICMS teria sido incluído por lançamento do contribuinte na base de cálculo do PIS/COFINS, é inerente à resolução do conflito a determinação do excesso correspondente a tal apuração. Tal questão não é estritamente de direito, mas envolve aspecto fático-probatório, sujeito à dilação por meio de comprovação documental ou até mesmo pericial, conforme o caso, não se adequando, pois, à via estreita da exceção de pré-executividade, em face da própria **liquidez e certeza do título executivo que, embora possa ser, em princípio, afetada pela discussão da tese jurídica, somente pode ser efetivamente desconstituída, em detrimento da presunção legal, se liquidada, no plano fático-probatório, a apuração do excesso de execução.**
8. No tocante à cumulação de correção monetária, juros e multa moratória na apuração do crédito executado, a impropriedade do questionamento é manifesta, pois cada qual dos encargos, com sua natureza jurídica própria e finalidade específica, não permite cogitar de bis in idem, conforme revela o próprio artigo 2º, § 2º, da Lei 6.830/1980. A mera correção monetária não constitui senão a recomposição do valor da moeda, sem implicar, per se, em acréscimo efetivo ao valor do tributo, devendo incidir na apuração do crédito executado, inclusive nas parcelas referentes às multas fiscais (Súmula 45 do TFR), sem prejuízo da aplicação cumulativa dos juros de mora e da multa moratória (Súmula 209/TFR). A distinção entre os dois últimos encargos, que justifica incidência cumulativa, assenta-se no seguinte: os juros moratórios objetivam, no plano do ressarcimento, compensar o Fisco pela demora do contribuinte na satisfação do crédito tributário, ao passo que a multa moratória tem caráter punitivo e objetiva coibir a violação ao dever de recolhimento do tributo no prazo legalmente fixado, donde a viabilidade da cumulação dos encargos nos termos sumulados. De resto, a incidência de ambos os encargos, como decorrência da falta de recolhimento do tributo no prazo e na forma legal, é prevista expressamente pelo artigo 161 do Código Tributário Nacional, que alude que o crédito tributário, em casos que tais, é acrescido de juros de mora, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis.
9. A multa moratória de 20% não é inconstitucional, por confisco ou ofensa à capacidade contributiva, conforme, há muito, tem decidido a Suprema Corte: RE 293.964, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 15/04/2003. Tampouco cabe sujeitar, segundo a jurisprudência consolidada, a multa moratória fiscal ao limite previsto no Código de Defesa do Consumidor, que se refere apenas aos casos de cobrança de crédito no âmbito das relações de consumo, em situação rigorosamente diversa e, pois, impertinente com a espécie dos autos.

10. Com relação à taxa SELIC firme e consolidada a jurisprudência no sentido da validade de sua aplicação na cobrança de créditos tributários.

11. O encargo do Decreto-lei 1.025/1969, segundo sedimentado, é válido, não incorrendo em violação ao artigo 85 do CPC/2015 (artigo 20, CPC/1973), dada a especificidade do propósito a que se destina, segundo a legislação, sem ofender, portanto, o princípio da isonomia. Ademais, dispõe a Súmula 168/TFR, ainda aplicada pela jurisprudência: "O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios."

12. Verifica-se que o título executivo, ao indicar fatos e fundamentos jurídicos da pretensão tributária, não incorre em qualquer excesso de execução, tendo sido, bem ao contrário, observada a legislação de regência na apuração e atualização para a cobrança do débito tributário, revelando-se manifestamente infundada a alegação de nulidade ou improcedência da execução fiscal.

13. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029254-44.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 05/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/07/2020) – (sem grifos no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CDA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DA LEF. PRESUNÇÃO DE CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO NÃO AFASTADA. DESNECESSIDADE DA PLANILHA DE CÁLCULO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTERIOR A EMISSÃO DA CDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. "A exceção de pré-executividade é meio de defesa do executado quando desnecessária a dilação probatória e para discussão de questões de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício pelo julgador; sendo cabível em qualquer tempo e grau de jurisdição" (REsp 1374242/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 30/11/2017).

2. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula nº 393 do STJ). No presente caso, as matérias suscitadas pela executada são passíveis de questionamento pela defesa em questão, desde que acompanhada pela documentação pertinente.

3. A petição inicial e as CDAs atendem aos requisitos específicos da Lei de Execução Fiscal. Explicação de modo hábil não só a origem da dívida, mas também da forma de calcular encargos de juros, correção e multa. A indicação da legislação pertinente se mostra suficiente para atendimento do art. 2º, §5º, da Lei de Execuções Fiscais, pois indica de modo hábil a forma de calcular o crédito, o qual decorre das disposições legais tributárias específicas, bastando sua citação no corpo da CDA, razão pela qual "é desnecessária a apresentação do demonstrativo de cálculo, em execução fiscal" (REsp 1138202/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, na sistemática dos recursos repetitivos, DJe 01/02/2010).

4. Com relação à necessidade de que a CDA seja precedida de procedimento administrativo, há, igualmente, jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da desnecessidade de sua ocorrência.

5. **Questionamentos da executada que não afastam presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da CDA.**

6. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5011137-05.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/03/2020, Intimação via sistema DATA: 23/03/2020) – (sem grifos no original)

Destarte, por qualquer ângulo que se a analise, não prospera a pretensão recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE PESSOA JURÍDICA NO POLO PASSIVO DA LIDE. AÇÃO DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ QUE NÃO SE AFASTA SOMENTE COM O QUESTIONAMENTO DA PARTE INTERESSADA. RECURSO DESPROVIDO.

1 Consta dos autos que existem inúmeras execuções fiscais contra a pessoa jurídica Supermercados Batagin LTDA, e que em diversas delas foi reconhecida a existência de formação de grupo econômico, com a inclusão da agravante, Peralta Comércio e Indústria LTDA no polo passivo, para que responda pelos créditos tributários na forma do art. 133 do Código Tributário Nacional. Em virtude disso, a recorrente ajuizou demanda, cuja tutela jurisdicional pretendida é a declaração de inexistência de sucessão tributária, e nela requereu tutela de urgência para suspender os atos que determinaram sua inclusão no polo passivo de diversas execuções fiscais, pedido que foi negado.

2 A inclusão da agravante como corresponsável pelo crédito tributário decorre de autorização judicial já existente, e configura apenas uma correção de dados cadastrais da Fazenda.

3 No que se refere à alegada existência de prejudicialidade externa, este tribunal, em outras oportunidades, já decidiu que a existência de ação de conhecimento com o intuito de declarar inexistência de relação que implique desconstituição de obrigação tributária não traz de per si o condão de interferir no andamento da execução fiscal, a determinar a sua suspensão. Precedentes do TRF-3.

4 No tocante ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, deve-se atentar para o fato de que as hipóteses que a ensejam estão taxativamente previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional. Ainda que fosse o caso de se reconhecer a prejudicialidade externa, o que não se verifica, seria impossível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Para tanto, deveria a parte fazer o depósito integral do valor do crédito tributário devido e atualizado.

5 A certidão de dívida ativa tem presunção de liquidez e certeza que somente podem ser afastadas mediante a comprovação de que não tenha cumprido os seus requisitos. O mero questionamento de relação jurídica, que sequer envolve a Fazenda Pública, não tem o condão de retirar tal presunção, sendo necessária prova robusta de que não atendidos os requisitos legais em sua elaboração.

6 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 5000521-85.2017.4.03.6128

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

APELANTE: ASSOCIACAO DO BRAGANCA GARDEN SHOPPING

Advogados do(a) APELANTE: JORGE RICARDO ELABRAS - MG145049-A, MAURICIO SARAIVA DE ABREU CHAGAS - MG112870-A, ALICE DE ABREU LIMA JORGE - MG103404-A, ROBERTA NAZARE MAGALHAES - MG163384-A, PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA - MG70429-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000521-85.2017.4.03.6128

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

APELANTE: ASSOCIACAO DO BRAGANCA GARDEN SHOPPING

Advogados do(a) APELANTE: JORGE RICARDO ELABRAS - MG145049-A, MAURICIO SARAIVA DE ABREU CHAGAS - MG112870-A, ALICE DE ABREU LIMA JORGE - MG103404-A, ROBERTA NAZARE MAGALHAES - MG163384-A, PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA - MG70429-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela ASSOCIAÇÃO DO BRAGANÇA GARDEN SHOPPING em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAÍ/SP, UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA), FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE), SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO (SESC), SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SEBRAE), AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS (APEX-BRASIL) e AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI), a fim de não recolher as contribuições para o Salário-Educação, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI calculadas sobre a folha de salário. Segundo alega, as contribuições para o Salário-Educação, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI 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. Conseqüentemente, 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, observado o prazo prescricional, seja declarado o direito a compensação, dos recolhimentos indevidos, com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, indébito deverá ser acrescido da Taxa SELIC.

A liminar foi indeferida, bem como excluiu por ilegitimidade passiva o INSS, INCRA, FNDE, SESC, SEBRAE, APEX-BRASIL e ABDI (ID 952976). Frente ao teor da decisão, a impetrante interpôs agravo de instrumento (952983).

O Delegado da Receita Federal prestou informações (ID 952989).

A Sentença denegou a segurança, uma vez que entendeu legítima a cobrança das exações objeto da impetração. Por fim, determinou as custas na forma da Lei, bem como deixou de condenar em honorários advocatícios (ID 952991).

Apela a impetrante, pugnando pela reforma da Sentença, sustentando a legitimidade do INSS, INCRA, FNDE, SESC, SEBRAE, APEX-BRASIL e ABDI para figurarem no polo passivo da presente impetração. No mérito, sustenta que as contribuições para o Salário-Educação, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI 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* ou, sucessivamente, caso sejam superados os argumentos relativos à inconstitucionalidade superveniente, a concessão da segurança para declarar a ilegitimidade das contribuições do INCRA e ao SEBRAE, em função da ausência de “referibilidade” entre as atividades custeadas pelos referidos tributos e as atividades exercidas por ela; bem como, observado o prazo prescricional, seja declarado o direito a compensação, dos recolhimentos indevidos, com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, indébito deverá ser acrescido pela Taxa SELIC (ID 953000).

A União apresentou contrarrazões de apelação, requerendo o não provimento do recurso (ID 953005).

Vieramos autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação pelo prosseguimento do feito (ID 1008878).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000521-85.2017.4.03.6128

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

APELANTE: ASSOCIACAO DO BRAGANCA GARDEN SHOPPING

Advogados do(a) APELANTE: JORGE RICARDO ELABRAS - MG145049-A, MAURICIO SARAIVA DE ABREU CHAGAS - MG112870-A, ALICE DE ABREU LIMA JORGE - MG103404-A, ROBERTA NAZARE MAGALHAES - MG163384-A, PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA - MG70429-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança visando o não recolhimento das contribuições para o Salário-Educação, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI calculadas sobre a folha de salário.

Inicialmente, analiso a questão da necessidade das entidades terceirizadas FNDE, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI integrarem o polo passivo da ação, formando litisconsórcio passivo.

Nesse passo assinalo que com o advento da Lei nº 11.457/2007, as atividades referentes a tributação, fiscalização e arrecadação das contribuições para o SEBRAE, APEX e ABDI foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, ou seja, o polo passivo, após a Lei nº 11.457/2007, nas ações de mandado de segurança/repetição de indébito, deve ser integrado pela autoridade coatora/União Federal, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, sendo que tal entendimento foi sintetizado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1462327, relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, publicado em 20/10/2016, cuja decisão transcrevo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.462.327 - RS (2014/0149641-0)

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000

RECORRIDO : ABASTECEDORA DE COMBUSTÍVEIS EDITH GUIOMAR LTDA

ADVOGADOS : FRANK GIULIANI KRAS BORGES E OUTRO(S) - RS048084

MARK GIULIANI KRÁS BORGES - RS050889

CARLOS DUARTE JÚNIOR - RS052776

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E DE TERCEIROS. ENTIDADES INTEGRANTES DO 'SISTEMA S'.

Inexiste qualquer vínculo jurídico entre as entidades integrantes do 'Sistema S' e o contribuinte. Aquelas possuem, no máximo, interesse jurídico reflexo, o que apenas autoriza a intervenção como assistentes simples, visto que a situação discutida nestes autos materializa hipótese em que se admite ingresso de terceiro no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está em discussão.

Contudo, referidas entidades não se constituem partes, não são litisconsortes e, muito menos, litisconsortes necessários. Descabido o reconhecimento do litisconsórcio passivo necessário nas ações em se discute a base de cálculo das contribuições previdenciárias e de seus adicionais, posto que acarrete extrema dificuldade para o processamento destas ações, tornando obrigatória a realização de mais de uma dezena de intimações para cada ato que envolva o direito dos ocupantes dos dois pólos processuais.

No presente recurso especial, o recorrente alega violação dos arts. 47 do CPC e 8º da Lei n. 8.029/90.

Sustenta, em síntese, que as entidades destinatárias das contribuições previdenciárias repassadas a terceiros (INCRA, SESI, SESC, SENAI, SENAC E SEBRAE) deveriam compor o polo passivo da presente demanda judicial, mediante a formação de litisconsórcio passivo necessário, sob pena de suposta violação ao art. 47 do CPC/73.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório. Decido.

Como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, observam-se em relação ao cabimento, processamento e pressupostos de admissibilidade dos recursos, as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, percebe-se que após a promulgação da Lei n. 11.

457/2007, a qual deu origem a intitulada "Super Receita", a Fazenda Nacional centralizou a legitimidade passiva para contender acerca de contribuições previdenciárias repassadas a terceiros, mesmo que a União não seja a única afetada caso seja reconhecida a inexigibilidade das referidas contribuições.

De fato, no que concerne à formação de litisconsórcio passivo necessário entre a União e as destinatárias finais das contribuições previdenciárias (INCRA, SESI, SESC, SENAI, SENAC E SEBRAE), esta Corte Superior possui jurisprudência dominante no sentido de que as entidades integrantes do denominado "Sistema S" não possuem legitimidade para, ao lado da Fazenda Nacional, compor o polo passivo de ações judiciais como a do caso sub judice, senão, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. INCONFORMAÇÃO COM A TESE ADOTADA. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA A TERCEIROS. LEI 11.457/2007. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CENTRALIZAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA FAZENDA NACIONAL. EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. ACÓRDÃO DE CUNHO CONSTITUCIONAL.

1. Não há a alegada violação do art. 458 e 535 do CPC/73, uma vez que, fundamentadamente, o Tribunal de origem abordou as questões recursais, quais sejam, a legitimidade passiva do SEBRAE, da APEX-Brasil e da ABDI, bem como a inexigibilidade da contribuição às referidas entidades.

2. Na verdade, no presente caso, a questão não foi decidida conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. Contudo, entendimento contrário ao interesse da parte não se confunde com ausência de fundamentação, menos ainda com omissão.

3. Com o advento da Lei 11.457/2007, as atividades referentes à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais vinculadas ao INSS (art. 2º), bem como as contribuições destinadas a terceiros e fundos, tais como SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, APEX, ABDI, a teor de expressa previsão contida no art. 3º, foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão da União, cuja representação, após os prazos estipulados no seu art. 16, ficou a cargo exclusivo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para eventual questionamento quanto à exigibilidade das contribuições, ainda que em demandas que têm por objetivo a restituição de indébito tributário.

4. Quanto à exigibilidade das contribuições a terceiros, observa-se que o tema foi dirimido no âmbito estritamente constitucional, de modo a afastar a competência desta Corte Superior de Justiça para o deslinde do desiderato contido no recurso especial, pois a discussão sobre preceitos da Carta Maior cabe à Suprema Corte, ex vi do art. 102 da Constituição Federal.

5. O cunho eminentemente constitucional emprestado à demanda ressalta das próprias razões do especial, visto que os fundamentos do recurso aduzem tese de que, com o advento da Emenda Constitucional 33/2001, as leis, que anteriormente a este marco legitimavam a cobrança das contribuições, foram revogadas, enquanto as posteriormente editadas estariam eivadas de inconstitucionalidade. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp n. 1.583.458/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 15/04/2016) (grifos não constam do original)

PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO REFERENTE À CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA. UNIÃO. LEGITIMIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

1. O Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando fazer uso de fundamentação adequada e suficiente para o julgamento da causa, o que, no acórdão recorrido, restou atendido pelo Tribunal de origem. Ausente a violação do art. 535 do CPC.

2. Para casos anteriores à Lei 11.457/2007, tanto o INCRA como o INSS devem figurar no pólo passivo da ação em que se pleiteia a inexigibilidade da contribuição adicional ao INCRA: a autarquia agrária, por ser a destinatária da exação, e a autarquia previdenciária, por ser a responsável pelo lançamento, arrecadação e fiscalização da dita contribuição anteriormente à referida lei. Precedentes citados.

3. Com o advento da Lei nº 11.457/2007, as atribuições referentes à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento da contribuição ao INCRA passaram a ser da Receita Federal do Brasil.

Outrossim, como o débito original e seus acréscimos legais, relativos à contribuição social em questão, passaram a constituir; nos termos do art. 16 da Lei 11.457/2007, dívida ativa da União, também foi transferida à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN a representação judicial da União nas ações em que se questiona a exigibilidade de tal contribuição. Destarte, impõe-se o reconhecimento da legitimidade passiva da União em demandas que também têm por objeto a restituição do indébito tributário.

4. Recurso especial do INCRA parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente para anular os atos posteriores à citação a fim de que a União seja citada como litisconsorte passivo necessário, ficando prejudicadas as demais questões e o recurso especial das autoras. (REsp n. 1.265.333/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 26/02/2013)(grifos não constam do original) Ademais, todos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça veiculados nas razões do recurso especial em apreço, os quais afirmam ser obrigatória a formação de litisconsórcio passivo necessário entre a União (Fazenda Nacional) e as mencionadas destinatárias finais das contribuições previdenciárias, são anteriores ao advento da Lei n. 11.457/2007, ou seja, não podem ser aplicados ao presente caso por estarem baseados em contexto normativo distinto.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RI/STJ, nego provimento ao recurso especial.

No mesmo sentido encontra-se o REsp 1839490/PE, relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 12/11/2019, publicado no DJE 19/12/2019, Ementa que transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI 11.457/2007. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ NO ERESP 1.619.954/SC.

1. Em recente análise da matéria, nos EREsp 1.619.954/SC, a Primeira Seção do STJ firmou a seguinte compreensão: "(...) não se verifica a legitimidade dos serviços sociais autônomos para constarem no polo passivo de ações judiciais em que são partes o contribuinte e o/a INSS/União Federal e nas quais se discutem a relação

jurídico-tributária e a repetição de indébito, porquanto aqueles (os serviços sociais) são meros destinatários de subvenção econômica" (Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 16.4.2019).

2. Na ocasião, a Min. Assusete Magalhães proferiu voto-vista esclarecendo que esse entendimento é também aplicável às contribuições ao salário-educação: "(...) Conquanto os acórdãos embargados citem dois precedentes de minha relatoria, de 2015, que admitem a legitimidade passiva do FNDE, ao lado da União, em ação de repetição de contribuição para o salário-educação, reexaminando detidamente o assunto, à luz da Lei 11.457, de 16/03/2007, e de toda a legislação que rege a matéria, especialmente as Instruções Normativas RFB 900/2008 e 1.300/2012, já revogadas, e a vigente Instrução Normativa RFB 1.717/2017 - que dispõem no sentido de que 'compete à RFB efetuar a restituição dos valores recolhidos para outras entidades ou fundos, exceto nos casos de arrecadação direta, realizada mediante convênio -, reconsidero minha posição, aliás, hoje já superada pela mais recente jurisprudência da própria Segunda Turma, sobre a matéria".

3. O acórdão recorrido está em consonância com o atual entendimento do STJ de que a Abdi, a Apex-Brasil, o Incra, o FNDE, o Sebrae, o Sesi, o Senai, o Senac e o Sesc deixaram de ter legitimidade passiva ad causam para ações que visem à cobrança de contribuições tributárias ou à sua restituição, após a entrada em vigor da Lei 11.457/2007.

4. Recurso Especial não provido.

Portanto, frente ao entendimento acima, as entidades terceirizadas FNDE, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI são parte ilegítimas para figurarem no polo passivo da impetração.

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 se aplica plenamente as contribuições objeto da presente ação, abaixo transcrito:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

I. – As contribuições do art. 149, C.F. – contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de ‘outras fontes’, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

II. – A contribuição do SEBRAE – Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 – é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

III. – Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.

IV. – R.E. conhecido, mas improvido. (RE nº 396266, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26-11-2003, DJ 27-02-2004).

Nesse passo, assevero que a Emenda Constitucional 33/01 introduziu o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação:

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

Contudo, o *caput* do citado artigo permaneceu sem alteração e com a mesma redação da Constituição de 1988, sendo a base das exações do Salário-Educação, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI. 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 como o mesmo objeto.

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

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

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÕES PARA O FNDE, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI – LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

1. Como advento da Lei nº 11.457/2007, as atividades referentes a tributação, fiscalização e arrecadação das contribuições para o FNDE, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI foram transferidas à Fazenda Nacional.
2. As entidades terceirizadas FNDE, INCRA, SESC, SEBRAE, APEX e ABDI são partes ilegítimas para figurarem no polo passivo da ação.
3. A Emenda Constitucional 33/2001 acrescentou o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal.
4. O *caput* do artigo 149 da Constituição Federal permaneceu sem alteração e com a mesma redação da Constituição de 1988, sendo a base das exações do SESC, SENAC e Salário Educação. Ocorre que, as limitações introduzidas pela EC 33/2001 no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal encontram-se no tempo verbal futuro, portanto tem a função de vincular o futuro legislador quando da criação de novas exações. Logo, não se pode falar de revogação expressa ou tácita das contribuições sociais, bem como não recepção. O egrégio Supremo Tribunal Federal apreciou a questão sob a ótica da contribuição ao SEBRAE, entendimento que se aplica a todas contribuições objeto da presente ação, no julgamento do AI 849045 AgR-ED/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/09/2017.
5. 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.
6. 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, respetivamente, que ainda não foi julgado e não suspendeu o julgamento dos demais feitos com o mesmo objeto.
7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

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

APELANTE: METALURGICA USIMICRON LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ ALBERTO LAZINHO - SP180291-A, RICARDO ALBERTO LAZINHO - SP243583-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002131-43.2020.4.03.6109

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

APELANTE: METALURGICA USIMICRON LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ ALBERTO LAZINHO - SP180291-A, RICARDO ALBERTO LAZINHO - SP243583-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 144940820) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 16/06/2020, a empresa METALÚRGICA USIMICRON LTDA. impetrou o presente mandado de segurança contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Piracicaba/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 50.000,00. Com a inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 144940812).

O órgão do Ministério Público Federal que atua na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 144940814).

Sobreveio sentença que concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecendo o direito de a impetrante compensar os tributos recolhidos a maior nos cinco anos anteriores à propositura da ação mandamental (ID 144940816).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal pleiteando, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, diante da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Subsidiariamente, suscita a necessidade de se reconhecer que o ICMS a ser excluído é o efetivamente recolhido e de se impor limites ao direito de compensação.

Comcontrarrrazões, subiram os autos a esta corte (ID 144940824).

O *Parquet* opina pelo prosseguimento do feito (ID 145181374).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002131-43.2020.4.03.6109

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

APELANTE: METALURGICA USIMICRON LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ ALBERTO LAZINHO - SP180291-A, RICARDO ALBERTO LAZINHO - SP243583-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada 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 assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

De outro lado, 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 aem 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 I 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 prequestionamento, 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."

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. Trata-se, portanto, de critério material.

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 **16/06/2020** 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 **obedecido 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 parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

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

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 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 simônus fiscal.

3. 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.

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. 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 16/06/2020.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001211-67.2019.4.03.6121

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

APELANTE: INDUSTRIA E COMERCIO DE CEREAIS TARUMA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ RODOLFO CABRAL - SP168499-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001211-67.2019.4.03.6121

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

APELANTE: INDUSTRIA E COMERCIO DE CEREAIS TARUMA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ RODOLFO CABRAL - SP168499-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 04/01/2021 103/217

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Indústria e Comércio de Cereais Tarumã Ltda.** em face da **União**, objetivando a anulação do auto de infração nº 2806-034/2013, lavrado pela equipe de fiscalização do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, em razão de suposta divergência entre a marcação das especificações do produto e os resultados apurados na classificação técnica de fiscalização.

A tutela antecipada foi indeferida (ID 81281864 - Pág. 2-4).

A parte autora efetuou o depósito em juízo do valor integral da multa (ID 81281865 - Pág. 3).

Ao final, a MM. Juíza *a quo* julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, nos termos do artigo 85, § 3º, III, e § 4º, III, do CPC/2015 (ID 81281868).

A autora apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) o lote fiscalizado possuía uma quantia de 9.000 pacotes de feijão de 1kg, da marca Tarumã, dentre os quais foram coletadas apenas 5 amostras de 1kg, o que não representa nem 1% do total do lote e, por isso, não poderiam ser utilizadas como parâmetro para o lote todo;
- b) a multa imposta é excessiva e abusiva, pois o seu patamar básico é R\$ 5.000,00 e a autoridade administrativa fixou-a em R\$ 13.400,00, sem qualquer fundamentação;
- c) caso não seja anulado o auto de infração, ao menos seja reduzido o valor da pena de multa imposta à apelante.

Com contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001211-67.2019.4.03.6121

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

APELANTE: INDUSTRIA E COMERCIO DE CEREAIS TARUMA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ RODOLFO CABRAL - SP168499-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração nº 2806-034/2013, lavrado pela equipe de fiscalização do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, em razão de suposta divergência entre a marcação das especificações do produto comercializado pela autora e os resultados apurados na classificação técnica de fiscalização.

Os agentes do Serviço de Inspeção Vegetal da Superintendência Federal de Agricultura do MAPA coletaram amostras de feijão em 5 pacotes de 1kg cada, pertencentes a um lote de 9.000 pacotes de feijão comum, tipo 1, marca Tarumã.

Submetidas à perícia em 04.07.2013, as amostras apresentaram 3,46% de grãos em desconformidade aos padrões estabelecidos no Regulamento Técnico do Feijão (IN nº 12/2008), o qual permite que apenas 1,5% dos grãos sejam amassados, partidos ou geminados.

Assim, por constar nas embalagens que o produto seria “tipo 1”, quando o correto seria “tipo 2”, a autora foi autuada com fundamento no artigo 76, § 1º, do Decreto nº 6.268/2007, sendo lhe aplicada uma multa no valor de R\$ 13.400,00.

Segundo o Decreto nº 6.268/2007, configura infração administrativa a apresentação de divergência entre a marcação das especificações do produto e os resultados apurados na classificação técnica de fiscalização, cuja pena de multa será fixada no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de vinte por cento do valor comercial da mercadoria fiscalizada, limitado ao valor máximo de R\$ 532.050,00 (quinhentos e trinta e dois mil e cinquenta reais). *In verbis*:

“Art. 76. Apresentar divergência entre a marcação das especificações do produto, subproduto e resíduo de valor econômico, e os resultados apurados na classificação técnica de fiscalização:

Pena - suspensão da comercialização de produto, subproduto ou resíduo de valor econômico, multa, apreensão ou condenação de matéria-prima e produto.

§ 1º. A pena de multa será no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de vinte por cento do valor comercial da mercadoria fiscalizada, limitado ao valor máximo de R\$ 532.050,00 (quinhentos e trinta e dois mil e cinquenta reais) e será aplicada tanto ao infrator primário quanto em caso de reincidência”.

Considerando-se que, como alegado pela autora, o preço do pacote de 1kg de feijão custava, em média, R\$ 4,00 (variando de R\$ 3,00 a R\$ 5,00), e que se tratava de um lote com 9.000 pacotes, o valor comercial da mercadoria seria, em média, de R\$ 36.000,00. Acrescendo-se, portanto, os 20% do montante da mercadoria aos R\$ 5.000,00, que configura o mínimo da pena de multa, obtém-se um valor aproximado daquele fixado pelo MAPA, a demonstrar a inexistência de ilegalidade na imposição de multa no importe de R\$ 13.400,00 à autora.

Além disso, não há qualquer irregularidade na conduta do Poder Público concernente à separação de 5 pacotes de feijão de 1kg cada, provenientes de um lote de 9.000 pacotes, para fins de amostragem, porque a legislação não prevê que as amostras devam corresponder a um determinado percentual do lote, mas sim que seja retirado volume ou número de pacotes ou embalagens em quantidade suficiente para compor, no mínimo, quatro vias de amostras, independentemente da quantidade de pacotes/embalagens do lote, nos termos do art. 23, § 1º, do Decreto nº 6.268/2007. Veja-se:

“Art. 23. Na classificação de fiscalização, a amostragem dos produtos vegetais, seus subprodutos e resíduos de valor econômico embalados será realizada observando-se as suas especificidades.

§ 1º Nos produtos vegetais classificados por amostras será retirado volume ou número de pacotes ou embalagens em quantidade suficiente para compor, no mínimo, quatro vias de amostras, devidamente identificadas, lacradas e autenticadas". (grifei)

A Instrução Normativa MAPA nº 12/2008, por seu turno, também prevê que a amostragem em produto embalado deverá ser realizada em quantidade suficiente para compor, no mínimo, 4 vias de amostra de, no mínimo, 1kg cada, as quais serão representativas do lote todo. *Verbis*:

"Art. 11. A amostragem para o feijão e o feijão partido deverá observar os seguintes requisitos:

(...)

§ 4º A amostragem em produto embalado deverá observar o que segue:

I - o feijão embalado e classificado deve apresentar-se homogêneo quanto às suas especificações de qualidade, apresentação e identificação;

II - na classificação de fiscalização, a amostragem dos produtos embalados será realizada retirando-se um número de pacotes ou embalagens em quantidade suficiente para compor, no mínimo, 4 (quatro) vias de amostra de, no mínimo, 1 kg (um quilograma) cada, devidamente identificadas, lacradas e autenticadas, observando ainda o que segue:

a) o produto extraído deverá ser homogeneizado, quarteado e reduzido a, no mínimo 4 kg (quatro quilogramas) para compor, no mínimo, 4 (quatro) amostras de, no mínimo, 1 kg (um quilograma) cada, que serão representativas do lote." (grifei)

Sendo assim, os agentes fiscalizadores do MAPA, no caso em apreço, ao coletarem 5 pacotes de 1kg de feijão cada, agiram de acordo com os critérios previstos no Decreto nº 6.268/2007 e na IN/MAPA nº 12/2008, devendo ser mantido o auto de infração, com a imposição de penalidade à empresa autora.

A respeito do tema, colhe-se o seguinte precedente desta Corte Regional:

"DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AUTO DE INFRAÇÃO - SUPERINTENDÊNCIA FEDERAL DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO, VINCULADA AO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA) - INFRAÇÃO AO ART. 14, § ÚNICO, C/C ART. 76 DO DECRETO Nº 6.268/2007, QUE REGULAMENTA A LEI Nº 9.972/2000 - DIVERGÊNCIA ENTRE INFORMAÇÃO DECLARADA NA EMBALAGEM DE FEIJÃO ("TIPO 1") E O RESULTADO DE ANÁLISE FISCAL DE AMOSTRA ("TIPO 2") - AUSÊNCIA DE QUARTA PARTE DA AMOSTRA, A QUAL FORA DESPREZADA: SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO INOCORRENTE - HÍGIDO DESEMPENHO DO PODER DE POLÍCIA ESTATAL - RECURSO DESPROVIDO. 1. Impugna a apelante a lavratura de auto de infração (SP MAR nº 038/03.12.08) (PA nº 21052.002126/2009-20) (fls. 26) da Superintendência Federal da Agricultura, Pecuária e Abastecimento em Marília e a imposição de multa (valor originário de R\$ 5.049,08), por infração ao art. 14, § único, c/c art. 76 do Decreto nº 6.268/07, que regulamenta a Lei nº 9.972/2000 (classificação dos produtos vegetais e subprodutos), diante da divergência de informação apurada entre a aposta na embalagem do feijão Marca Real lote 1323 ("Tipo 1") (fls. 140) e o resultado da análise da amostra que concluiu pelo "Tipo 2" (fls. 141). 2. Consoante Auto de Coleta de Amostra nº 118/08 (fls. 138) e decisões administrativas (fls. 161/166 e 175/178), a fiscalização amostrou de fato 4 Kg. de feijão (de um volume de 60 Kg.) que foram homogeneizados, quarteados e resultaram em 3 vias de 1 Kg. cada, sendo desprezado 1 Kg. (o qual serviria como amostra de segurança - art. 11, § 7º, IV, da Instrução Normativa MAPA nº 12/2008). 3. As 3 vias de amostra foram destinadas da seguinte forma (fls. 154/157): uma amostra para a realização da classificação; uma colocada à disposição do fiscalizado e de posse do estabelecimento detentor do produto (no caso, o varejista Carrefour) e outra sobre a qual incidiu a perícia solicitada. 4. Nos termos do art. 11, § 7º, IV, da Instrução Normativa MAPA nº 12/2008, a quarta via de amostra serve como "amostra de segurança, caso uma das vias anteriores seja inutilizada ou haja necessidade de análises complementares" ou "no caso de haver necessidade de análise de micotoxinas se o produto estivesse com excesso de grãos mofados" (fls. 163). Inocorrendo violação ou extravio de alguma das vias coletadas, tampouco a necessidade de análise de micotoxinas, resulta a desnecessidade da quarta via da amostra, se existente. Não se entrevê qualquer prejuízo ao direito de ampla defesa administrativa da apelante, resultante do fato de ter sido desprezada a quarta parte da amostra do feijão. 5. O procedimento administrativo teve trâmite regular, com observância dos princípios e garantias constitucionalmente previstos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, havendo sido oportunizada à apelante manifestação de defesa, direito de recorrer e a ciência regular das decisões proferidas, as quais encontram-se devidamente fundamentadas. Hígido desempenho da polícia administrativa. 6. Apelação desprovida". (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1731959/SP 0004581-56.2011.4.03.6110. TRF3. RELATOR: JOHONSOM DI SALVO; SEXTA TURMA; DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2017).

Por fim, considerando o trabalho adicional do causídico da parte ré, mediante a apresentação de contrarrazões recursais, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para fixá-los em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa atualizado, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação e majoro os honorários sucumbenciais.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. INFRAÇÃO. IRREGULARIDADE NA MARCAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES DO PRODUTO COMERCIALIZADO. DECRETO 6.268/2007. IN/MAPA 12/2008. COLETA DE AMOSTRAS. HONORÁRIOS MAJORADOS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração nº 2806-034/2013, lavrado pela equipe de fiscalização do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, em razão de suposta divergência entre a marcação das especificações do produto comercializado pela autora e os resultados apurados na classificação técnica de fiscalização.
2. Segundo o art. 76, § 1º, do Decreto nº 6.268/2007, configura infração administrativa a apresentação de divergência entre a marcação das especificações do produto e os resultados apurados na classificação técnica de fiscalização, cuja pena de multa será fixada no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de vinte por cento do valor comercial da mercadoria fiscalizada, limitado ao valor máximo de R\$ 532.050,00 (quinhentos e trinta e dois mil e cinquenta reais).
3. Não há qualquer irregularidade na conduta do Poder Público concernente à separação de 5 pacotes de feijão de 1kg cada, provenientes de um lote de 9.000 pacotes, para fins de amostragem, porque a legislação não prevê que as amostras devam corresponder a um determinado percentual do lote, mas sim que seja retirado volume ou número de pacotes ou embalagens em quantidade suficiente para compor, no mínimo, quatro vias de amostras, independentemente da quantidade de pacotes/embalagens do lote, nos termos do art. 23, § 1º, do Decreto nº 6.268/2007. Precedente.
4. A Instrução Normativa MAPA nº 12/2008, por seu turno, também prevê que a amostragem em produto embalado deverá ser realizada em quantidade suficiente para compor, no mínimo, 4 vias de amostra de, no mínimo, 1kg cada, as quais serão representativas do lote todo.
5. Majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004551-29.2017.4.03.6104

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

APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ, ERIKA HELENA NICOLIELO FERNANDEZ

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ - SP186051-A

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ - SP186051-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ANTONIO GANNOUM, SANDRA APARECIDA PESO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004551-29.2017.4.03.6104

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

APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ, ERIKA HELENA NICOLIELO FERNANDEZ

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ - SP186051-A

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ - SP186051-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ANTONIO GANNOUM, SANDRA APARECIDA PESO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, em embargos de terceiro, deduzidos por Eduardo Alves Fernandez e Erika Nicolielo Fernandez em face da União, aduzindo que o imóvel penhorado foi adquirido no ano 2015 de pessoa (Sandra Aparecida Peso) que não é executada, assim indevido o reconhecimento de fraude à execução na operação realizada entre o executado Antonio e a primeira compradora Sandra, no ano 2011.

A r. sentença, proferida sob a égide do CPC/2015, ID 98306276 - Pág. 24, julgou procedentes os embargos, asseverando que a União anuiu ao pleito privado, porque, ao tempo da alienação, no ano 2011, o executado tinha patrimônio para quitação da dívida. Sem honorários.

Embargos de declaração privados improvidos, ID 98306276 - Pág. 35.

Apelou a parte privada, ID 98306246, alegando, em síntese, que a causalidade é da União, por isso devidos são honorários.

Apresentadas as contrarrazões, ID 98306278, sem preliminares, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004551-29.2017.4.03.6104

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

APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ, ERIKA HELENA NICOLIELO FERNANDEZ

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ - SP186051-A

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO ALVES FERNANDEZ - SP186051-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ANTONIO GANNOUM, SANDRA APARECIDA PESO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De fato, a União não ofertou qualquer resistência aos autos, anuindo à pretensão privada, ID 98306276 - Pág. 16.

Com efeito, restou demonstrado que o executado não se tornou insolvente com a alienação do imóvel guerreado, o que consoa com o REsp 1141990/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira seção, julgado em 10/11/2010, dje 19/11/2010, julgada sob a sistemática dos Recursos Repetitivos, que tratou das hipóteses de fraude à execução: “a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil)” – interpretação em contrário sentido.

Portanto, tendo havido reserva de bens, afastada a fraude à execução, tal como sentenciado e expressamente consignado pela União em sua defesa aos autos.

Neste passo, o art. 19, inciso V, § 1º, inciso I, da Lei 10.522/2002, vigente ao tempo dos fatos, dispunha não incidirem honorários advocatícios quando a União reconhece o pedido, o que se configurou aos autos, porque inatacado o mérito litigado:

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: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 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)

Efetivamente, nos termos do quanto lançado na Ap 00025414720104036107, voto de lavra da Eminente Desembargadora Federal Marli Ferreira, do E. TRF-3, Sessão do dia 04/04/2018, consignou-se que “a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de isentar a Fazenda Nacional do pagamento de honorários quando ela, citada para apresentar resposta, reconhece a procedência do pedido da parte contrária, nos termos do artigo 19, II e §1º, da Lei nº. 10.522/2002”:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRETENSÃO RESISTIDA. ARTIGO 19, § 1º DA LEI N.º 10.522/2002. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de isentar a Fazenda Nacional do pagamento de honorários quando ela, citada para apresentar resposta, reconhece a procedência do pedido da parte contrária, nos termos do artigo 19, II e §1º, da Lei nº. 10.522/2002.

2. In casu, a União Federal contestou o feito às fls. 78/85, alegando a ausência de documentos essenciais à propositura da ação, bem como no mérito, o reconhecimento da prescrição.

3. Não se pode dizer que não tenha havido resistência por parte da União Federal, razão pela qual não se aplica a regra prevista no artigo 19, § 1º da Lei nº. 10.522/2002.

4. De se ressaltar que o autor precisou recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer seu direito, o que justifica a condenação da parte sucumbente ao pagamento dos honorários advocatícios.

5. Apelação desprovida.”

(Ap 00025414720104036107, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/05/2018)

Em referida linha de raciocínio, mencionam-se, ainda, os precedentes do C. STJ, REsp 1551780/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016, AgRg nos EDcl no REsp 1231971/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014 e AgRg no REsp 1213285/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 25/11/2010).

Para não deixar dúvidas, colaciona-se, também, mais um precedente do C. STJ, que endossa a ausência de honorários em desfavor da União, em casos que tais, REsp 1796945/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/03/2019, DJe 28/05/2019:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECONHECIMENTO INTEGRAL DO PEDIDO. ART 19 DA LEI 10.522/2002. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COMO ATUAL POSICIONAMENTO DO STJ. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. O STJ, por ocasião do julgamento do AgInt no AgInt no AREsp 886.145/RS, DJe 14.11.2018, firmou a seguinte compreensão: "De acordo com a atual redação do inciso I do § 1º do art. 19 da Lei 10.522/2002, que foi dada pela Lei 12.844/2013, a Fazenda Nacional é isenta da condenação em honorários de sucumbência nos casos em que, citada para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e em exceções de pré-executividade, reconhecer a procedência do pedido nas hipóteses dos arts. 18 e 19 da Lei 10.522/2002".

*...”
(REsp 1796945/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 28/05/2019)*

Logo, em face da lei especial que rege o tema (*lex specialis derogat legi generali*), diante do exposto reconhecimento fazendário ao direito embargante de ver levantada a penhora, sem resistência, indevidos se põem os honorários sucumbenciais em desfavor da União.

Ausentes honorários recursais, por indevidos desde o Primeiro Grau, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo improvimento à apelação, na forma aqui estatuída.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE TERCEIRO – AFASTAMENTO DE FRAUDE À EXECUÇÃO, POR RESERVA DE BENS PELO DEVEDOR – ANUÊNCIA DA UNIÃO – AUSENTES HONORÁRIOS, NA FORMA DO ART. 19, INCISO V, § 1º, INCISO I, LEI 10.522/2002 – PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO PRIVADA

1 - A União não ofertou qualquer resistência aos autos, anuindo à pretensão privada, ID 98306276 - Pág. 16.

2 - Restou demonstrado que o executado não se tornou insolvente com a alienação do imóvel guerreado, o que consoa com o REsp 1141990/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira seção, julgado em 10/11/2010, dje 19/11/2010, julgada sob a sistemática dos Recursos Repetitivos, que tratou das hipóteses de fraude à execução :“a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil)” – interpretação em contrário sentido.

3 - Tendo havido reserva de bens, afastada a fraude à execução, tal como sentenciado e expressamente consignado pela União em sua defesa aos autos.

4 - O art. 19, inciso V, § 1º, inciso I, da Lei 10.522/2002, vigente ao tempo dos fatos, dispunha não incidirem honorários advocatícios quando a União reconhece o pedido, o que se configurou aos autos, porque inatado o mérito litigado.

5 - Nos termos do quanto lançado na Ap 00025414720104036107, voto de lavra da Eminentíssima Desembargadora Federal Marli Ferreira, do E. TRF-3, Sessão do dia 04/04/2018, consignou-se que “a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de isentar a Fazenda Nacional do pagamento de honorários quando ela, citada para apresentar resposta, reconhece a procedência do pedido da parte contrária, nos termos do artigo 19, II e §1º, da Lei nº. 10.522 /2002”.

6 - Em referida linha de raciocínio, mencionam-se, ainda, os precedentes do C. STJ, REsp 1551780/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016, AgRg nos EDcl no REsp 1231971/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014 e AgRg no REsp 1213285/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 25/11/2010).

7 - Para não deixar dúvidas, colaciona-se, também, mais um precedente do C. STJ, que endossa a ausência de honorários em desfavor da União, em casos que tais, REsp 1796945/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/03/2019, DJe 28/05/2019. Precedente.

8 - Em face da lei especial que rege o tema (lex specialis derogat legi generali), diante do exposto reconhecimento fazendário ao direito embargante de ver levantada a penhora, sem resistência, indevidos se põem honorários sucumbenciais em desfavor da União.

9 - Ausentes honorários recursais, por indevidos desde o Primeiro Grau, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

10 – Improvimento à apelação. Procedência aos embargos.

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 0003811-26.2017.4.03.9999

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NIVALDO ELIAS BADESSA

Advogado do(a) APELADO: THELMA SUSY BADESSA JACOMINI - SP90100

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003811-26.2017.4.03.9999

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NIVALDO ELIAS BADESSA

Advogado do(a) APELADO: THELMA SUSY BADESSA JACOMINI - SP90100

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, em embargos de terceiro, deduzidos por Nivaldo Elias Badessa em face da União, aduzindo que o imóvel da matrícula 3.980, CRI de Suzano-SP, e objeto de arresto pela embargada, foi por si arrematado em 17/04/2001, somente não logrando êxito no registro em razão de necessidade de formação do todo do imóvel, assim é legítimo possuidor do bem.

A r. sentença, ID 87277093 - Pág. 46, proferida sob a égide do CPC/1973, julgou procedentes os embargos, asseverando que o embargante é detentor de carta de arrematação expedida pelo Judiciário, assim provada a sua posse, não demonstrando a União conluio entre as partes para esvaziar patrimônio. Cada parte a arcar com os honorários de seu Patrono, ante a ausência de registro do imóvel.

Apelou a União, ID 87277093 - Pág. 54, alegando, em síntese, inépcia da inicial por ausência de documentos indispensáveis, intempestividade dos embargos de terceiro, porque a arrematação do imóvel, pelo embargante, é do ano 2001 e o arresto do ano 1999, defendendo que a carta de arrematação não prova a posse, somente o registro a traduzir propriedade, além de o arresto no executivo fiscal ser prévio.

Apresentadas as contrarrazões, ID 87277093 - Pág. 68, sem preliminares, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003811-26.2017.4.03.9999

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NIVALDO ELIAS BADESSA

Advogado do(a) APELADO: THELMA SUSY BADESSA JACOMINI - SP90100

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Primeiramente, não há inépcia da inicial, estando o processo suficientemente instruído.

Sobre a intempestividade, sem qualquer sentido a invocação, porque o próprio art. 1.048, CPC de então, citado no apelo, é claro ao apontar que os embargos de terceiro podem ser opostos a qualquer tempo, aqui não se tratando de hipótese da parte final do normativo, porque a arrematação em tela foi realizada pelo particular em outro processo, estando a combater constrição promovida pela União em executivo fiscal, onde não houve arrematação.

Por seu giro, nos termos da legislação do tempo dos fatos, “o artigo 694, caput, do Código de Processo Civil, estabelece que, assinado o auto pelo juiz, arrematante e serventuário da Justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável. É nítido que a norma busca conferir estabilidade à arrematação, não só protegendo e, simultaneamente, impondo obrigação ao arrematante, mas também buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados à hasta pública recebam melhores ofertas, em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução.” (REsp 1313053/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 15/03/2013)”, AgRg no AgRg no REsp 1193362/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015.

Incontrovertida dos autos a arrematação procedida pelo particular no ano 2001, expedindo-se a competente carta, que inclusive foi prenotada no CRI, ID 87277092 - Pág. 8, bem assim restou demonstrado arresto promovido na execução fiscal, isso em 1999, ID 87277092 - Pág. 55, mas que não foi registrado, pugnano por providências a União apenas no ano 2011, ID 87277092 - Pág. 22.

Em tal contexto, ponto crucial e que concebe êxito à pretensão privada a repousar na regra do art. 186, CTN, pois a arrematação realizada, sob o crivo do Judiciário, ocorreu em lide trabalhista, portanto inoponível o invocado prévio arresto no executivo fiscal – o qual sequer registrado – como visto, sendo relevante ao caso a preferência daquele crédito, assim, mesmo houvesse penhora fazendária prévia e registrada, a venda em seara laboral teria preferência e não poderia a Fazenda Pública invocar preferência :

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. IMÓVEL ARREMATADO PELA RECORRENTE. PENHORA ANTERIOR EM EXECUÇÃO FISCAL. VALIDADE E PUBLICIDADE. PREFERÊNCIA DA UNIÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. Ressai dos autos que foi realizada penhora no imóvel matrícula nº 2732 em 24/11/2005, nos autos da execução fiscal nº 23/2003. Sendo designado leilão do imóvel em 09/03/2010. Foi juntada escritura do imóvel, onde constam diversos registros de penhora desde 2002, fls.14/24. O autor informa que adquiriu o imóvel mediante arrematação em hasta pública em 18/03/08, carta de arrematação expedida em 27/05/08. Comprovantes juntados às fls. 33/55.

II. O STJ possui entendimento no sentido de ser válida a precedente constrição do bem pela Fazenda em relação à sua arrematação pela ora recorrente, bem como em razão da preferência do crédito tributário relativamente ao crédito da embargante particular, nos termos do art. 186 do CTN.

III. Realizados diversos registros de penhora pela Fazenda Nacional nos períodos de 2002 a 2005 na matrícula do imóvel, tal bem se torna indisponível. Considerando por fim que a arrematação ocorreu em 2008, data posterior aos registros de penhora, não há validade em tal ato de arrematação. A r. sentença deve ser mantida.

IV. Apelação desprovida. “

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1759117 - 0024161-11.2012.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016)

Portanto, suficiente a carta de arrematação, que, por óbvio, comprova a posse privada, amoldando-se, com perfeição, à disposição da Súmula 84, STJ, o que faz ruir todo e qualquer argumento sobre desídia ou inércia privada sobre regularizações formais que deixaram de ser realizadas, para efetivo implemento do registro da propriedade em seu nome.

Ausentes honorários recursais, porque sentenciada a demanda sob a vigência do CPC anterior e por indevida honorária desde o Primeiro grau, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Por conseguinte, em âmbito de questionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo improvimento à apelação, na forma aqui estatuída.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE TERCEIRO – ARREMATÇÃO DE IMÓVEL PERANTE A JUSTIÇA TRABALHISTA, NO ANO 2001 – EXPEDIÇÃO DA COMPETENTE CARTA – ARRESTO DO IMÓVEL EM EXECUÇÃO FISCAL NO ANO 1999, SEM REGISTRO – PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRABALHISTA, ART. 186, CTN – PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA

1 - Não há inépcia da inicial, estando o processo suficientemente instruído.

2 - Sobre a intempestividade, sem qualquer sentido a invocação, porque o próprio art. 1.048, CPC de então, citado no apelo, é claro ao apontar que os embargos de terceiro podem ser opostos a qualquer tempo, aqui não se tratando de hipótese da parte final do normativo, porque a arrematação em tela foi realizada pelo particular em outro processo, estando a combater constrição promovida pela União em executivo fiscal, onde não houve arrematação.

3 - Nos termos da legislação do tempo dos fatos, “o artigo 694, caput, do Código de Processo Civil, estabelece que, assinado o auto pelo juiz, arrematante e serventário da Justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável. É nítido que a norma busca conferir estabilidade à arrematação, não só protegendo e, simultaneamente, impondo obrigação ao arrematante, mas também buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados à hasta pública recebam melhores ofertas, em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução.” (REsp 1313053/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 15/03/2013)”, AgRg no AgRg no REsp 1193362/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015.

4 - Incontroversa dos autos a arrematação procedida pelo particular no ano 2001, expedindo-se a competente carta, que inclusive foi prenotada no CRI, ID 87277092 - Pág. 8, bem assim restou demonstrado arresto promovido na execução fiscal, isso em 1999, ID 87277092 - Pág. 55, mas que não foi registrado, pugando por providências a União apenas no ano 2011, ID 87277092 - Pág. 22.

5 - Ponto crucial e que concebe êxito à pretensão privada a repousar na regra do art. 186, CTN, pois a arrematação realizada, sob o crivo do Judiciário, ocorreu em lide trabalhista, portanto inoponível o invocado prévio arresto no executivo fiscal – o qual sequer registrado – como visto, sendo relevante ao caso a preferência daquele crédito, assim, mesmo houvesse penhora fazendária prévia e registrada, a venda em seara laboral teria preferência e não poderia a Fazenda Pública invocar preferência. Precedente.

6 - Suficiente a carta de arrematação, que, por óbvio, comprova a posse privada, amoldando-se, com perfeição, à disposição da Súmula 84, STJ, o que faz ruir todo e qualquer argumento sobre desídia ou inércia privada sobre regularizações formais que deixaram de ser realizadas, para efetivo implemento do registro da propriedade em seu nome.

7 - Ausentes honorários recursais, porque sentenciada a demanda sob a vigência do CPC anterior e por indevida honorária desde o Primeiro grau, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

8 – Improvimento à apelação. Procedência aos embargos.

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 0003841-47.2009.4.03.6182

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

APELANTE: LEVY E SALOMAO-ADVOGADOS

Advogado do(a) APELANTE: ANGELA BEATRIZ PAES DE BARROS DI FRANCO - SP88601-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003841-47.2009.4.03.6182

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

APELANTE: LEVY E SALOMAO-ADVOGADOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, em embargos à execução fiscal, deduzidos por Levy e Salomão Advogados em face da União, aduzindo pagamento, invocando erro de código no preenchimento da guia DARF.

A r. sentença, ID 85848922 - Pág. 80, proferida sob a égide do CPC/1973, julgou improcedentes os embargos, asseverando que a própria parte privada solicitou a produção de perícia e depois desistiu, gozando a CDA de presunção de legitimidade, tendo a Receita Federal pontuado a não entrada dos registros alegados pelo contribuinte, portanto inabalado o título executivo. A título sucumbencial, firmou o encargo do Decreto-Lei 1.025/1969.

Apelou o polo contribuinte, ID 85848923 - Pág. 9, alegando, em síntese, pagamento.

Apresentadas as contrarrazões, ID 85848923 - Pág. 20, sem preliminares, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De fato, premissa a tudo se revela a recordação sobre a natureza cognoscitiva desconstitutiva, inerente aos embargos à execução, âmbito no qual incumbe à parte embargante conduzir aos autos os elementos de convicção hábeis a desfazer o comando emanado do título exequendo, como ônus elementar, voltada a então afastar-se a presunção de certeza e decorrente liquidez do título executivo fiscal:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA NÃO AFASTADA. PAGAMENTO NÃO COMPROVADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Estando regularmente inscrita, a CDA goza de presunção de certeza e liquidez, conforme preceitua o artigo 204 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Embora não sejam absolutas tais presunções, é certo que produzem efeitos até prova inequívoca acerca da respectiva invalidade.

2. Segundo disposição legal, o ônus desta prova é atribuído a quem alega ou aproveita, sendo que a simples alegação genérica de nulidade é insuficiente para desconstituir o título executivo, pois, como visto, neste caso, cabe à parte embargante desfazer a presunção que recai sobre a CDA, e, no caso em apreço, a parte embargante não logrou tal êxito.

...”

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2293864 0071968-27.2015.4.03.6182, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/11/2018)

Deveras, elementar a responsabilidade do demandante demonstrar, no mérito, o desacerto da atuação fiscalizatória, viabilizando ou não, então, sua vitória, à vista da teoria geral do processo, consagrada no plano do Direito Positivo Pátrio, de rigor se revela a improcedência aos embargos.

Comefeito, tal como mui bem acatado e julgado pela r. sentença, o invocado pagamento, analisado pela Receita Federal, foi rechaçado; instado a produzir provas, o próprio interessado declinou da dilação, sendo seu o ônus de provar, prevalecendo sempre e sempre a presunção da CDA, que deve ser ilidida pelo interessado, não apenas com palavras, como “in casu”, mas por meio de elementos probatórios consistentes, o que poderia ter se dado mediante a perícia que expressamente não desejou produzir o polo executado.

É dizer, olvida o particular de que o convencimento jurisdicional é formado consoante os elementos carreados aos autos, demonstrando o cenário em desfile típico quadro de insuficiência de provas, tal como sentenciado, em nenhum momento sendo afastada a presunção de certeza que emana da CDA, esta somente fragilizada em face de provas robustas, o que incorre no presente, como se observa.

Logo, permanecendo o executado no campo das alegações, tal a ser insuficiente para afastar a exigência, tema, insista-se, sobre o qual caberia à parte autora, como de seu ônus e ao início destacado, produzir por todos os meios de evidência a respeito situação contrária, artigo 16, § 2º, Lei 6.830/1980.

Ausentes honorários recursais, porque sentenciada a demanda sob a vigência do CPC anterior e por já incidente o encargo legal, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo improvimento à apelação, na forma aqui estatuída.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PAGAMENTO – CDA INABALADA – ÔNUS DO CONTRIBUINTE DE PROVAR INATENDIDO – IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO PRIVADA

1 - Premissa a tudo se revela a recordação sobre a natureza cognoscitiva desconstitutiva, inerente aos embargos à execução, âmbito no qual incumbe à parte embargante conduzir aos autos os elementos de convicção hábeis a desfazer o comando emanado do título exequendo, como ônus elementar, voltada a então afastar-se a presunção de certeza e decorrente liquidez do título executivo fiscal. Precedente.

2 - Elementar a responsabilidade do demandante demonstrar, no mérito, o desacerto da atuação fiscalizatória, viabilizando ou não, então, sua vitória, à vista da teoria geral do processo, consagrada no plano do Direito Positivo Pátrio, de rigor se revela a improcedência aos embargos.

3 - Tal como mui bem acatado e julgado pela r. sentença, o invocado pagamento, analisado pela Receita Federal, foi rechaçado; instado a produzir provas, o próprio interessado declinou da dilação, sendo seu o ônus de provar, prevalecendo sempre e sempre a presunção da CDA, que deve ser ilidida pelo interessado, não apenas com palavras, como “in casu”, mas por meio de elementos probatórios consistentes, o que poderia ter se dado mediante a perícia que expressamente não desejou produzir o polo executado.

4 - Olvida o particular de que o convencimento jurisdicional é formado consoante os elementos carreados aos autos, demonstrando o cenário em desfile típico quadro de insuficiência de provas, tal como sentenciado, em nenhum momento sendo afastada a presunção de certeza que emana da CDA, esta somente fragilizada em face de provas robustas, o que incorre no presente, como se observa.

5 - Permanecendo o executado no campo das alegações, tal a ser insuficiente para afastar a exigência, tema, insista-se, sobre o qual caberia à parte autora, como de seu ônus e ao início destacado, produzir por todos os meios de evidência a respeito situação contrária, artigo 16, § 2º, Lei 6.830/1980.

6 - Ausentes honorários recursais, porque sentenciada a demanda sob a vigência do CPC anterior e por já incidente o encargo legal, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

7 – Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016771-45.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: LIX INCORPORACOES E CONSTRUCOES LTDA, JOSE CARLOS VALENTE DA CUNHA, RENATO ANTUNES PINHEIRO, MAURICIO DA MATTA FURNIEL, ANTONIO VIEIRA NETTO, MOACIR DA CUNHA PENTEADO, MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016771-45.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: LIX INCORPORACOES E CONSTRUCOES LTDA, JOSE CARLOS VALENTE DA CUNHA, RENATO ANTUNES PINHEIRO, MAURICIO DA MATTA FURNIEL, ANTONIO VIEIRA NETTO, MOACIR DA CUNHA PENTEADO, MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **União**, contra decisão proferida nos autos da execução fiscal de n.º 0012934-76.2006.4.03.6105, em trâmite perante o Juízo Federal da 5ª Vara da Subseção Judiciária de Campinas/SP, no âmbito da qual indeferida a inclusão, no polo passivo do feito executivo, do espólio do sócio.

Alega a agravante, em síntese, que, constada a dissolução irregular, cabível o redirecionamento em face dos sócios, nos termos da Súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça, mesmo no caso de espólio, tendo em vista que o falecimento teria se dado após o deferido o redirecionamento contra o sócio ainda quando estava vivo, embora não se tenha concretizado a sua citação válida.

A parte contrária não foi intimada, em virtude de não possuir advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016771-45.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: LIX INCORPORACOES E CONSTRUCOES LTDA, JOSE CARLOS VALENTE DA CUNHA, RENATO ANTUNES PINHEIRO, MAURICIO DA MATA FURNIEL, ANTONIO VIEIRA NETTO, MOACIR DA CUNHA PENTEADO, MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora):

O pleito de manutenção do espólio do sócio falecido no polo passivo realmente não pode ser admitido.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que só é admitido o redirecionamento do executivo fiscal contra o espólio do *de cujus* quando o falecimento do executado ocorreu após sua citação na demanda, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA FISCAL APÓS O FALECIMENTO DO SÓCIO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO PARA CONSTAR OS HERDEIROS/ESPÓLIO. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Este egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que somente se admite o redirecionamento do executivo fiscal contra o espólio quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal, o que não é o caso dos autos.

2. Agravo Regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 522.268/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 17/10/2014)

Esta C. Turma também já decidiu no mesmo sentido:

"EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. INCLUSÃO DE SUCESSORES DE SÓCIO FALECIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que só é admitido o redirecionamento do executivo fiscal contra o espólio ou sucessores do de cujus quando o falecimento do executado ocorreu após sua citação na demanda, o que não é o caso dos autos.

2. Verifica-se, na presente hipótese, que o sócio faleceu décadas antes do ajuizamento da execução fiscal, razão pela qual inviável a inclusão de seus sucessores no polo passivo.

3. Agravo desprovido."

(AI 00145037920154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. DEFERIMENTO EM ANTERIOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DOS SÓCIOS POR NOVA DECISÃO SEM ALTERAÇÃO DA REALIDADE FÁTICA. INCLUSÃO DO ESPÓLIO DE SÓCIO FALECIDO ANTES DA TENTATIVA DE CITAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

.....

2. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que só é admitido o redirecionamento do executivo fiscal contra o espólio do de cujus quando o falecimento do executado ocorreu após sua citação na demanda, o que não é o caso dos autos. Verifica-se, na presente hipótese, que o sócio deixou de ser citado justamente por ter falecido, razão pela qual inviável a inclusão do espólio no polo passivo.

3. Agravo provido em parte, apenas para que um sócio seja mantido no feito.

A possibilidade de redirecionamento da execução contra o espólio somente é admitida quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente incluído no polo passivo, - e tenha se triangularizado a relação processual - com a citação regular, o que não ocorreu no presente caso.

De fato, não se conseguiu realizar sua citação (ID 22518030 – f. 71 dos autos originários).

Portanto, não merece acolhimento a pretensão recursal.

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

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO. INCLUSÃO DO ESPÓLIO NO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que só é admitido o redirecionamento do executivo fiscal contra o espólio ou sucessores do *de cuius* quando o falecimento do executado ocorreu após sua citação na demanda, o que não é o caso dos autos.
2. Verifica-se, na presente hipótese, que o sócio deixou de ser citado justamente por ter falecido, razão pela qual inviável a inclusão do espólio no polo passivo.
3. Agravo 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 5005601-59.2019.4.03.6128

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

APELANTE: FIACAO ALPINA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: DANILO DA FONSECA CROTTI - SP305667-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005601-59.2019.4.03.6128

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

APELANTE: FIACAO ALPINA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: DANILO DA FONSECA CROTTI - SP305667-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por FIACAO ALPINA LTDA contra sentença que, com fundamento nos arts. 330, III e 485, I e VI, ambos do CPC/2015, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, bem como denegou a segurança, na forma do art. 6º, § 5º, da lei 12.016/2009.

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 ao “não recolhimento de IPRJ e CSLL incidentes sobre a atualização monetária pela taxa SELIC, aplicada na repetição de indébito tributário, em virtude de sua natureza indenizatória”, por não comporem sua base de cálculo, bem como o reconhecimento de seu direito à compensação/restituição dos recolhimentos nos últimos cinco anos”*”.

Pela sentença (ID 144498960), o Magistrado sentenciante entendeu que o *writ* “discute o que entende ser a correta aplicação da **lei em tese, para** fins de novos valores a serem tributados, tanto quanto para lhe dar efetividade concreta em valores já sob tributação, no **equivalente a uma ação de cobrança**. Diante disso, merece ser reconhecida a **inadequação da via eleita e a consequente ausência de interesse processual**”.

Pontuou, ainda, que “*apenas para registro e para que não se alegue falta de maior apreciação, é de se destacar que a tese esboçada não vem encontrando eco nas decisões superiores*”.

Os embargos de declaração opostos pela parte impetrante foram rejeitados, consoante sentença ID 144498969.

Irresignada, a parte impetrante apresentou recurso de apelação (ID 144498974), arguindo, em apertada síntese, que: a) a viabilidade da impetração do *mandamus*, na forma preventiva, haja vista que não se está discutindo lei em tese, mas sim, pretende que “*seja afastada a aplicação de dispositivos legais criados pela Receita Federal, que contrariam diretamente a Constituição Federal, sobre valores que já foram apurados e contabilizados pelo contribuinte*”; b) “*não há que se falar em ausência de interesse processual, pois a Apelante é contribuinte que realizou o fato gerador, o que implica em uma futura autuação para que seja feito o pagamento do IRPJ e da CSLL incidentes sobre a Taxa SELIC referente ao indébito tributário*”; c) o feito deve ser suspenso, a fim de que se aguarde o julgamento do Tema 962/STF; d) “*o IRPJ e a CSLL incidem sobre o efetivo acréscimo patrimonial e o lucro, respectivamente (artigo 43 do Código Tributário Nacional e artigo 2º da Lei nº 7.689/88), ou seja, riqueza nova, é possível concluir que a atualização monetária e juros são grandezas econômicas que não podem ser submetidas as suas incidências. Portanto, evidente que a Taxa SELIC possui natureza indenizatória, devendo ser afastada a sua incidência da base de cálculo do IRPJ e CSLL*”; e) “*patente a inconstitucionalidade das disposições normativas que prevejam a incidência do IRPJ e CSLL sobre a taxa SELIC na repetição de indébito, tal qual, o Decreto-Lei nº 1.598/77 e a ADI Nº 25/2003, por violação ao texto expresso da Constituição*”; f) deve ser reconhecido o direito à compensação dos valores pagos indevidamente.

Contrarrazões (ID 145361116).

Parecer do Ministério Público Federal (ID 144869101) opinando pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005601-59.2019.4.03.6128

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

APELANTE: FIACAO ALPINA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: DANILO DA FONSECA CROTTI - SP305667-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade da apelação.

Verifica-se que assiste parcial razão à parte apelante.

Comefeito, não há que se falar em inadequação da via eleita, haja vista que o *mandamus* se volta contra efeitos concretos da norma, mormente ante o justo receio da exigência de IRPJ e da CSLL sobre a atualização monetária pela Taxa SELIC, não se tratando, pois, de impugnação de lei em tese.

Registre-se, ainda, que “Em matéria tributária a atividade da autoridade é vinculada e, conseqüentemente se orientará necessariamente no sentido do efetivo cumprimento da lei, sendo, portanto, cabível mandado de segurança preventivo ante disposição legal de caráter tributário” (TRF2, 1ª Turma, Relator Juiz ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI, julgado em 08/03/95, DJU de 15/08/95, “in” Repertório IOB de Jurisprudência, v. 19/95, pág. 332.)”.

De outro lado, cabível a impetração de mandado de segurança com o intuito de obter a declaração do direito à compensação de eventual indébito tributário, consoante o disposto na Súmula n.º 213 do egrégio STJ, in verbis: “*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*”

Logo, deve ser afastada a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos moldes como procedido pelo Magistrado *a quo*.

Consoante art. 1.013, §3º, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, é possível que o Tribunal decida, desde logo, o mérito da lide que estiver em condições de imediato julgamento, para reformar sentença fundada no artigo 485 do mesmo diploma legal.

Logo, passo ao exame do mérito.

Neste ponto, sem razão à impetrante.

Comefeito, é tranqüila 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. Confrimam-se (destaquei):

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. IRPJ E CSLL. INCIDÊNCIA SOBRE JUROS RECEBIDOS EM DECORRÊNCIA DE LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.138.695/PR, JULGADO COMO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, DJE 22.5.2013. VÍCIOS DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NÃO VERIFICADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA CONTRIBUINTE REJEITADOS.

1. *A legislação processual é peremptória ao prescrever as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração; trata-se, pois, de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que patente a existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado.*

2. *No presente caso, inexistem os vícios indicados pela parte embargante. Isto porque o acórdão embargado restou devidamente fundamentado ao seguir a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior de que Incide IRPJ e CSLL sobre os juros SELIC incidentes na devolução de depósitos judiciais, por terem natureza de juros remuneratórios, importando em acréscimo patrimonial, assim como na repetição do indébito tributário, pois, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, encontram-se dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa. Tese firmada no julgamento do REsp. 1.138.695/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 31.5.2013, sob a sistemática do art. 543-C do CPC.*

3. *Assim, não havendo a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 535 do CPC/1973, a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, os quais não podem ser ampliados.*

4. *Por fim, o Superior Tribunal de Justiça não possui competência para o exame de questões constitucionais suscitadas, ainda que com o intuito de prequestioná-las para eventual interposição de Recurso Extraordinário.*

5. *Embargos de Declaração da CONTRIBUINTE rejeitados.*

(EDcl no REsp 1233259/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/04/2019, DJe 22/04/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO RECURSO REPETITIVO. NATUREZA DE RENDIMENTO TRIBUTÁVEL. PRECEDENTES.

1. Insurge-se a recorrente contra acórdão que recusou a pretensão formulada no sentido de excluir da incidência do IRPJ e da CSLL os valores contabilizados ou recebidos a título de juros moratórios e correção pela Selic dos créditos tributários objeto de restituição, ressarcimento ou compensação.

2. Sustenta, nas razões do Recurso Especial, violação aos arts. 458, II, e 535, do CPC/1973, além de afronta arts. 43 e 97 do CTN, art. 1º da Lei 7.689/1988, art. 57 da Lei 8.981/1995, art. 16, §1º, do Decreto-lei 1.598/1977, art. 1º da Lei 9.316/1996, e art. 404, parágrafo único, do CC. Aduz, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

3. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007. 4. Igualmente não se vislumbra violação ao art. 458 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o aresto impugnado se encontra devidamente fundamentado, tratando todos os pontos necessários à resolução do feito. O acórdão hostilizado aplicou precedente do STJ firmado em recurso repetitivo que inviabiliza a pretensão da recorrente. É o quanto basta para efeito de fundamentação do decisum, sem necessidade de apreciar todos os argumentos da parte diante da obrigatoriedade do regime do art. 543-C do CPC/1973.

5. No mérito, a pretensão deduzida esbarra no julgamento do REsp 1.138.695/SC pela Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/5/2013, que expressamente consignou que os "juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei 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 açambarca 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)

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, “c”, 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).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e, com fundamento no artigo 1.013, §3º, inciso I, do CPC, denegar a segurança pleiteada, nos termos do art. 487, I, do CPC.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA OS EFEITOS CONCRETOS DA NORMA. VIA ADEQUADA. SENTENÇA REFORMADA. TEORIA DA CAUSA MADURA. IRPJ CSLL. SELIC. INCIDENTES SOBRE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. NATUREZA REMUNERATÓRIA E DE LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se de mandando 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. Não há que se falar em inadequação da via eleita, haja vista que o mandamus se volta contra efeitos concretos da norma, mormente ante o justo receio da exigência de IRPJ e da CSLL sobre a atualização monetária pela Taxa SELIC, não se tratando, pois, de impugnação de lei em tese.
3. Consoante art. 1.013, §3º, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, é possível que o Tribunal decida, desde logo, o mérito da lide que estiver em condições de imediato julgamento, para reformar sentença fundada no artigo 485 do mesmo diploma legal.
4. 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.
5. 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).
6. Recurso de apelação parcialmente provido para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e, com fundamento no artigo 1.013, §3º, inciso I, do CPC, denegar a segurança pleiteada, nos termos do art. 487, I, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e, com fundamento no artigo 1.013, §3º, inciso I, do CPC, denegou a segurança pleiteada, nos termos do art. 487, I, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0035281-32.2007.4.03.6182

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

APELANTE: MEZ PARTICIPACOES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: LEINER SALMASO SALINAS - SP185499-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0035281-32.2007.4.03.6182

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

APELANTE: MEZ PARTICIPACOES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: LEINER SALMASO SALINAS - SP185499-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por MEZ PARTICIPACOES LTDA em face da r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal.

Pugna a apelante o “acolhimento do presente apelo, reformando-se a integralidade da r. sentença recorrida, para que seja reconhecido que os débitos ora em cobro estão integralmente extintos por força da decadência do direito de o Fisco averiguar sua regularidade, ou ainda, noutro giro, pela ocorrência da prescrição extintiva dos créditos tributários exigidos, sendo certo que, caso este Eg. Tribunal não acolha tais argumentos, o que só se admite por amor ao argumento, é de rigor que, no mérito, reconheça-se a improcedência de tal cobrança por conta das compensações realizadas pela Apelante com o crédito reconhecido em seu favor nos autos do processo nº93.0039554-8, nos termos do art. 156, inciso II, do CTN.”.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0035281-32.2007.4.03.6182

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

APELANTE: MEZ PARTICIPACOES LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: LEINER SALMASO SALINAS - SP185499-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A r. sentença não merece qualquer reparo.

Em matéria tributária, existe um marco que distingue os dois institutos, qual seja, a constituição do crédito tributário. Assim, a decadência diz respeito ao prazo para a constituição do crédito e somente depois da constituição definitiva do crédito é tem início a contagem do prazo quinquenal prescricional da pretensão jurisdicional para o exercício do direito de ação e ingresso na via judicial para a cobrança do crédito.

No caso vertido, os fatos geradores dos tributos em cobro ocorreram entre 07/1997 a 12/1998; a constituição de crédito foi por auto de infração, cuja notificação fiscal se operou em 01/06/2002. Assim, não transcorrido o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 173, I, do CTN. Constituído o crédito, começou a correr o prazo prescricional do artigo 174, que também não se consumou, vez que a execução fiscal foi ajuizado 19/12/2006 e o despacho determinando a citação foi lavrado em MAR/2007, antes, portanto, do transcurso do quinquênio prescricional.

Ademais, a Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, sendo ônus do sujeito passivo fazer prova inequívoca de sua nulidade e, no caso, apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez.

Conforme apontado na r. sentença “A parte embargante noticiou o ajuizamento de ação ordinária de repetição de indébito, julgada procedente com trânsito em julgado no ano de 2006, sendo que a partir deste ano realizou compensações com os créditos cobrados nos autos da execução fiscal em apenso. Noticiou as compensações através de DCTF's. Observo, inicialmente, após análise da certidão da citada Ação Ordinária n 93.0039554-8 (fl. 86), que a ação foi julgada procedente, "reconhecendo a inexistência da relação jurídica entre as Autoras e a Ré, desobrigando-as ao recolhimento do PIS com base nas modificações introduzidas pelos Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449/88 por serem considerados inconstitucionais, condenando a Ré a restituir-lhes o indébito recolhido indevidamente". Conforme restou consignado na Certidão da fl. 86, à fl. 1685 da ação ordinária foi indeferido pedido de compensação de créditos com os débitos vencidos e vincendos do PIS, do FINSOCIAL, de COFINS e outros tributos federais. À fl. 1799 da citada ação ordinária há decisão informando que se houver compensação será realizada por própria conta e risco das Autoras. Assim procedeu a parte embargante: realizou a compensação por sua conta e risco, comunicando tal procedimento pela singela via dos DCTF's entregues à Receita Federal. A parte embargante somente poderia compensar seu débito se houvesse pedido deferido pela Receita Federal, o que não restou comprovado nestes autos. Sem qualquer respaldo legal, alega ter procedido à compensação que entendeu devida, o que leva ao indeferimento de seu pedido.” (grifei).

A compensação trata-se de encontro de contas, no qual a posição de credor e de devedor, em relações materiais diversas, é alternada entre as partes, oposta e reciprocamente. Oportuno recordar que a compensação tributária depende, consoante os artigos 170 e 170-A, CTN, da simultânea presença de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito particular envolvido, além de reger-se por estrita legalidade tributária a respeito.

A compensação, portanto, ocorre somente na hipótese da perfeita caracterização de créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública.

Na hipótese dos autos, a compensação foi indeferida, conforme explicitado na r. sentença “No período em que pretende a parte embargante a compensação, esta somente era possível desde que feito a requerimento do contribuinte e que a Secretaria da Receita Federal autorizasse previamente a compensação (o que não ocorreu nos autos) conforme estabelecido no artigo 74 da Lei 9.430/96 (somente a partir de 30.12.02, o que não se aplica ao presente feito, foi conferida nova redação a este citado artigo, onde foi autorizada a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega da declaração contendo as informações sobre créditos e débitos utilizados). Portanto, não há compensação autorizada, sendo de rigor a improcedência dos presentes embargos.”.

O que se tem, na verdade, é que o crédito declarado por meio de DCTF como "compensado" não foi recolhido, já que a compensação "deixou de existir”.

Com efeito, no julgamento do REsp nº 1.120.295/SP, consolidou-se o entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando outra providência do Fisco, que de plano pode executar os valores declarados e não pagos, o que culminou na edição da Súmula 436/STJ, in verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.”.

Assim, a inscrição em dívida ativa e cobrança desses valores - declarados e não pagos - de forma direta, com base nas informações prestadas pelo contribuinte ao entregar suas DCTF's em nada viola o ordenamento jurídico.

Assim, os valores declarados pelo contribuinte como compensados ao deixaram de ter o respaldo jurisdicional são de plano exigíveis/executáveis, já que declarados em DCTF pelo próprio contribuinte.

Neste sentido, é o aresto que trago à colação:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COFINS. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO MEDIANTE ENTREGA DE DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. PRAZO INTERRUPTIVO COM O DESPACHO CITATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO UNILATERAL E EM DESCONFORMIDADE COM DECISÃO JUDICIAL. MULTA E TAXA SELIC. HONORÁRIOS INDEVIDOS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS E EMBARGOS IMPROCEDENTES.

1. Alegação de intempestividade do recurso de apelação interposto pela União Federal rechaçada, pois o Procurador da Fazenda Nacional foi intimado pessoalmente da sentença em 17/03/2010, mediante vista dos autos (fls. 492vº) e protocolizou as razões recursais em 08/04/2010, portanto dentro do trintídio legal, sendo o caso de aplicar-se o disposto no artigo 25 da Lei nº 6.830/80 que determina que a intimação do representante da Fazenda Pública deve ser feita pessoalmente.

2. Na singularidade, verifica-se que a constituição dos créditos tributários objeto de cobrança na execução fiscal deu-se mediante DCTF's - Declaração de Contribuição e Tributos Federais, modalidade que prescinde da formalização do crédito pelo lançamento (artigo 150 do Código Tributário Nacional), não havendo que se falar, por conseguinte, em prazo decadencial.

3. Com efeito, o crédito tributário declarado e não honrado no seu vencimento, entendendo assim, confessado, dispensa a necessidade de constituição formal pela Administração sendo imediatamente inscrito em Dívida Ativa, tornando-se assim exigível independentemente de notificação.

4. Quanto a prescrição, nos termos do artigo 174, I, do Código Tributário Nacional o prazo prescricional iniciado com a constituição definitiva do crédito tributário interrompe-se pela citação pessoal do devedor (redação anterior à Lei Complementar nº 118/05) ou pelo despacho que ordena a citação (redação vigente a partir da entrada em vigor da referida lei complementar).

5. E atualmente encontra-se pacificado o entendimento jurisprudencial de que no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso dos autos, tendo o contribuinte declarado o débito por intermédio de DCTF, considera-se esse constituído no momento da entrega da declaração, devendo ser contada a prescrição a partir daquela data, ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos débitos, o que for posterior, e que o marco interruptivo da prescrição do crédito tributário retroage à data da propositura da ação, nos termos do artigo 219, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973 (REsp 1120295/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010 - Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973 e da Resolução STJ 08/2008).

6. No caso concreto o crédito tributário foi definitivamente constituído em 29/03/2006 (fls. 147/154), data que deve ser considerada para o início da contagem do prazo prescricional, que se interrompeu com o despacho citatório proferido em 29/10/2007 (fls. 12 dos autos da execução fiscal em apenso). Desse modo, não está configurada a prescrição do crédito tributário.

7. Esta sistemática foi adotada em recente entendimento da 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, esposado no Recurso Especial representativo de controvérsia (artigo 543-C do CPC/73) n.º 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12.05.2010, v.u., DJe 21.05.2010.

8. 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.

9. Ainda que haja decisão judicial autorizando a compensação de valores pagos indevidamente, inexistente qualquer dever do Fisco em aceitar a validade de compensação unilateral, feita pelo próprio contribuinte sem que a autoridade fazendária possa examinar a mecânica desse "encontro de contas", especialmente porque nem mesmo decisão judicial poderia afastar o poder-dever de verificar sua exatidão.

10. Compensação é modo de extinção do crédito tributário (artigo 156, II, do Código Tributário Nacional) na medida em que, sendo autorizada por lei e nas condições que estipular (artigo 170 do Código Tributário Nacional), significa um encontro de contas entre débitos fiscais e créditos que o contribuinte tinha diante do Fisco. Sucede que inexistente unilateralidade na compensação; o Fisco deve ter oportunidade de verificar como foi feita essa compensação, mesmo que sob ordem judicial, e assim averiguar se remanescem ou não débitos do contribuinte capazes de ensejar o lançamento de ofício.

11. Ao que consta dos autos, não houve a homologação das compensações efetuadas na via administrativa, uma vez que as compensações informadas pelo contribuinte, utilizando os créditos de PIS foram com débitos de COFINS, o que foi expressamente vedado na sentença de primeiro grau e mantida por este e. Tribunal (processo nº 96.0400107-8 que tramitou perante a 2ª Vara Federal de São José dos Campos/SP) - (77/82). O direito de fiscalizar a compensação constou inclusive na sentença proferida no mandado de segurança (fls. 60/75).

12. Em relação à multa, não basta argumentar que a mesma é "abusiva" quando se sabe que esse capítulo da consolidação do débito exequendo é calculado conforme com aplicação do percentual posto em lei. Se a parte embargante sequer aponta as razões pelas quais a multa seria "ilegal" ou "abusiva" há de preponderar o que consta da CDA já que esse capítulo da dívida é calculado conforme as leis que regem o tributo cobrado.

13. No que se refere à legalidade da taxa SELIC o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da aplicação da Taxa SELIC a partir da sua instituição nos moldes estabelecidos pela Lei 9.250/95 no cálculo do valor da dívida ativa da União e suas autarquias. Precedentes: AgRg no Ag 1021729/SC, REsp 1070246/RS, EREsp 398182/PR e EREsp 418940/MG.

14. Não é cabível no caso a condenação do embargante no pagamento de honorários advocatícios, uma vez que o encargo legal previsto no Decreto-lei 1.025/69 está incluído no valor da execução fiscal substituindo, nos embargos, a condenação em honorários advocatícios, conforme dispõe a Súmula nº 168 do TFR. Assim, como a remuneração do patrono da União já está sendo custeada pelo encargo em tela, dispensável a fixação de honorários advocatícios em favor da embargada.

15. Preliminar de intempestividade rejeitada. Apelação e remessa oficial providas. Embargos improcedentes.

(TRF3, AC - 0003368-85.2011.4.03.9999, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, e-DJF3: 20/09/2016)

Prosseguindo, no que diz respeito à Taxa Selic, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. 879.844/MG, de relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX, DJe 25.11.2009, mediante o procedimento previsto no art. 543-C do CPC/1973 (recursos repetitivos), concluiu pela legalidade da sua utilização como índice de correção monetária e juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. ANÁLISE DE NULIDADE DA CDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC SOBRE OS DÉBITOS PARA COM A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A via estreita do Recurso Especial exige a demonstração inequívoca da ofensa ao dispositivo inquinado como violado, bem como a sua particularização, a fim de possibilitar o seu exame em conjunto com o decidido nos autos, sendo certo que a falta de indicação dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados caracteriza deficiência de fundamentação, em conformidade com o Enunciado Sumular nº 284 do STF.

2. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e juros de mora dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública (REsp 879.844/MG, DJe 25.11.2009, julgado sob o rito dos recursos repetitivos).

3. São cumuláveis os encargos da dívida relativos aos juros de mora, multa e correção monetária. Nota-se que o entendimento sufragado pelo Tribunal de origem está perfeitamente alinhado com o posicionamento do STJ sobre a matéria.

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

(REsp 1693592/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017)

Por fim, em relação ao Decreto 1.025/69, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, inclusive em sede de recursos representativos da controvérsia, no sentido da legalidade e compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 como Código de Processo Civil.

Nesse sentido, os acórdãos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. VALIDADE DA CDA. SÚMULA N. 7/STJ. DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO TRIBUTÁRIA E NÃO TRIBUTÁRIA. APURAÇÃO, INSCRIÇÃO E COBRANÇA JUDICIAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. ENCARGO LEGAL. DECRETO-LEI N. 1.025/67. COMPATIBILIDADE COM O CPC. JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. POSSIBILIDADE. ART. 9º, § 10, DA LEI Nº 9.249/95. (...) 4. Está assentado na jurisprudência deste STJ, inclusive em sede de recursos representativos da controvérsia, a legalidade e a compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 com o Código de Processo Civil. Precedentes representativos da controvérsia: REsp. n. 1.143.320 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010; REsp. n. 1.110.924 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 10.6.2009. (...) 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1307984/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. COMPENSAÇÃO. CONTA E RISCO. SELIC. LEGALIDADE. ENCARGO DE 20%. DEVIDO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Certidão de Dívida Ativa apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais, de modo que a mera afirmação da ocorrência de irregularidades não é argumento suficiente para desconstituir sua intrínseca presunção de certeza e liquidez.

2. Conforme apontado na r. sentença “A parte embargante noticiou o ajuizamento de ação ordinária de repetição de indébito, julgada procedente com trânsito em julgado no ano de 2006, sendo que a partir deste ano realizou compensações com os créditos cobrados nos autos da execução fiscal em apenso. Noticiou as compensações através de DCTF's. Observo, inicialmente, após análise da certidão da citada Ação Ordinária n 93.0039554-8 (fl. 86), que a ação foi julgada procedente, "reconhecendo a inexistência da relação jurídica entre as Autoras e a Ré, desobrigando-as ao recolhimento do PIS com base nas modificações introduzidas pelos Decretos-lei n°s 2.445 e 2.449/88 por serem considerados inconstitucionais, condenando a Ré a restituir-lhes o indébito recolhido indevidamente". Conforme restou consignado na Certidão da fl. 86, à fl. 1685 da ação ordinária foi indeferido pedido de compensação de créditos com os débitos vencidos e vincendos do PIS, do FINSOCIAL, de COFINS e outros tributos federais. À fl. 1799 da citada ação ordinária há decisão informando que se houver compensação será realizada por própria conta e risco das Autoras. Assim procedeu a parte embargante: realizou a compensação por sua conta e risco, comunicando tal procedimento pela singela via dos DCTFs entregues à Receita Federal. A parte embargante somente poderia compensar seu débito se houvesse pedido deferido pela Receita Federal, o que não restou comprovado nestes autos. Sem qualquer respaldo legal, alega ter procedido à compensação que entendeu devida, o que leva ao indeferimento de seu pedido.”.

2. A compensação trata-se de encontro de contas, no qual a posição de credor e de devedor, em relações materiais diversas, é alternada entre as partes, oposta e reciprocamente. Oportuno recordar que a compensação tributária depende, consoante os artigos 170 e 170-A, CTN, da simultânea presença de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito particular envolvido, além de reger-se por estrita legalidade tributária a respeito.

3. A realização da compensação foi indeferida.

4. Os valores declarados pelo contribuinte como compensados ao deixaram de ter o respaldo jurisdicional são de plano exigíveis/executáveis, já que declarados em DCTF pelo próprio contribuinte.

5. No que diz respeito à Taxa Selic, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. 879.844/MG, de relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX, DJe 25.11.2009, mediante o procedimento previsto no art. 543-C do CPC/1973 (recursos repetitivos), concluiu pela legalidade da sua utilização como índice de correção monetária e juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

6.Em relação ao Decreto 1.025/69, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, inclusive em sede de recursos representativos da controvérsia, no sentido da legalidade e compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 como o Código de Processo Civil.

7.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 5005131-58.2018.4.03.6000

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

APELANTE: FEDERACAO DAS INDUSTRIAS DO ESTADO DE MATO GROSSO SUL, SINDICATO INTERMUNICIPAL DAS INDUSTRIAS DE ALIMENTACAO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Advogados do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A, LUCIA MARIA TORRES FARIAS - MS8109-A
Advogados do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A, LUCIA MARIA TORRES FARIAS - MS8109-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005131-58.2018.4.03.6000

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

APELANTE: FEDERACAO DAS INDUSTRIAS DO ESTADO DE MATO GROSSO SUL, SINDICATO INTERMUNICIPAL DAS INDUSTRIAS DE ALIMENTACAO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Advogados do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A, LUCIA MARIA TORRES FARIAS - MS8109-A
Advogados do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A, LUCIA MARIA TORRES FARIAS - MS8109-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

No dia 13/05/2015, a FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL e o SINDICATO INTERMUNICIPAL DAS INDÚSTRIAS DE ALIMENTAÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL ajuizaram a presente ação contra a União Federal, visando provimento jurisdicional que reconhecesse a inexigibilidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título a ser exercido por seus filiados. Deu-se à causa o valor de R\$ 50.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

Sobreveio sentença que, nos termos do art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973, julgou improcedentes os pedidos, declarando devida a inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS (fls. 121/136).

Custas pelos autores.

Sem condenação em honorários advocatícios.

Não resignada, apela a parte autora pleiteando a reforma da sentença, em razão da alegada ilegitimidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Postula, ainda, pelo reconhecimento do direito à restituição/compensação do indébito a ser exercido por seus filiados.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (fls. 177/193).

A parte autora peticiona às fls. 197/203 requerendo o julgamento da apelação em razão do quanto decidido pela Corte Suprema no RE 574.706/PR e a concessão da tutela provisória. Pugna, por fim, pelo arbitramento da verba sucumbencial, inclusive, a recursal, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

A tutela provisória foi concedida na decisão de fls. 210/213.

Os autores apresentaram nova petição, a fim de autorizar a imediata restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos, apontando inexistir razão para a aplicação do art. 170-A do CTN (ID 131394501).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005131-58.2018.4.03.6000

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

APELANTE: FEDERACAO DAS INDUSTRIAS DO ESTADO DE MATO GROSSO SUL, SINDICATO INTERMUNICIPAL DAS INDUSTRIAS DE ALIMENTACAO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Advogados do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A, LUCIA MARIA TORRES FARIAS - MS8109-A
Advogados do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A, LUCIA MARIA TORRES FARIAS - MS8109-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS das parcelas referentes ao ICMS e ao ISS 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 aem 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 restem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei 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 prequestionamento, 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."

Tomo por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

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

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

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

3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

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

5. 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. 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.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/07.

7. 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).

8. 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).

9. *Apelação da União e remessa oficial não providas.*”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adotar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. *Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido.*”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022840-30.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indevida igualmente a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

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 ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

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.

Destarte, reconheço o direito à compensação administrativa ou restituição judicial, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 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 demanda foi ajuizada em **13/05/2015**.

Em relação ao pedido de compensação especificamente, 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 (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.

(...)

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.

Faz-se necessário frisar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (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 no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.”

(AgInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Entretanto, 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, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento da ação em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação/restituição dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Saliente-se que independentemente da gravidade da situação instalada ou da opinião deste magistrado sobre a necessidade de medidas regulatórias para amenizar a atual conjuntura, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de se malferir o ditame constitucional da separação dos poderes, criar políticas públicas e resolver a situação das empresas caso a caso conforme a necessidade, crise ou força maior, por mais grave que seja a situação do contribuinte; sendo legal e constitucional o comando normativo, deve ser obedecido.

Nesse sentido é a lição do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege" ("Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, 1991, São Paulo, SP, p. 601).

No caso, portanto, não há que se cogitar na possibilidade de compensação/restituição imediata dos valores tidos por incontroversos na presente ação judicial, sem observância do disposto no art. 170-A do CTN.

Diante da referida análise meritória, resta prejudicado o pleito de ID 131394501 formulado pela parte autora.

Os créditos da parte autora 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.

Por fim, observo que em se tratando de sentença ilíquida, o percentual a título de honorários advocatícios será definido apenas por ocasião da liquidação do julgado (art. 85, § 4º, II, do Código de Processo Civil).

O § 11, do artigo 85, da Lei Adjetiva Civil dispõe ainda que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

Assim, os honorários a serem fixados em percentual a ser estabelecido quando da liquidação do julgado, deverão ser majorados em 1%, observando-se os limites impostos pelo art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, julgo prejudicado o pleito da parte autora (ID 131394501) e dou provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO EM AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO JUDICIAL. PARÂMETROS. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA. INVIABILIDADE.

1. Prejudicado o pleito de ID 131394501 formulado pela parte autora, em razão do julgamento de mérito da presente demanda.
2. 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 sim ônus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
3. O valor retido em razão do ICMS/ISS 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.
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 (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
5. 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.
6. Reconhecido o direito à compensação administrativa ou restituição judicial, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 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 demanda foi ajuizada em 13/05/2015.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. Resguardado 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. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN).

10. 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.

11. Apelação provida, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o pleito da parte autora (ID 131394501) e 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 5015701-94.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANA SERVICOS ANESTESICOS AVANCADOS SOCIEDADE SIMPLES LTDA, SERVICOS VANGUARDA DE PEDIATRIA E OBSTETRICIA SOCIEDADE SIMPLES LTDA, CENTRO DE DIAGNOSTICOS SANTA JOANA LTDA

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5015701-94.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANA SERVICOS ANESTESICOS AVANCADOS SOCIEDADE SIMPLES LTDA, SERVICOS VANGUARDA DE PEDIATRIA E OBSTETRICIA SOCIEDADE SIMPLES LTDA, CENTRO DE DIAGNOSTICOS SANTA JOANA LTDA

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por SANA – SERVIÇOS ANESTÉSICOS AVANÇADOS SOCIEDADE SIMPLES LTDA. e OUTROS e pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO E MAÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO. PARÂMETROS.

1. Remessa oficial tida por interposta, nos termos do art. 496, I, do Código de Processo Civil.
2. 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.
3. 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 sim ônus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
4. O valor retido em razão do ISS 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.
5. 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 que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
6. Reconhecido o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 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 demanda foi ajuizada em 29/06/2018.
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 os contribuintes procederem 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 autoras, na exordial, formularam apenas pedido de restituição pela via judicial. Desta forma, considerando que a sentença a quo julgou pleito não formulado (restituição administrativa) deverá ser reduzida aos limites do pedido a fim de que seja autorizada apenas a restituição judicial dos valores indevidamente recolhidos.
10. 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.
11. Apelação e remessa oficial tida por interposta parcialmente providas.

A parte autora, por meio dos declaratórios, alega a existência de contradição no v. acórdão, pois a seu ver a r. decisão apenas teria autorizado a restituição do indébito, inviabilizando a compensação.

A União, a seu turno, também opôs aclaratórios, requerendo seja declarada a suspensão do presente feito, considerando o reconhecimento da repercussão geral no RE nº 592.616/RS, que trata do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706/PR. Reitera, ainda, os mesmos argumentos lançados na apelação, a fim de ver reconhecida a legitimidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimadas, as embargadas apresentaram respostas.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5015701-94.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANA SERVICOS ANESTESICOS AVANCADOS SOCIEDADE SIMPLES LTDA, SERVICOS VANGUARDA DE PEDIATRIA E OBSTETRICIA SOCIEDADE SIMPLES LTDA, CENTRO DE DIAGNOSTICOS SANTA JOANA LTDA

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO BORGES DE CASTRO - SP26854-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, as embargantes inconformadas com o resultado do julgado buscam, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com suas teses.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente abordado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, como o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se, de outro lado, que a r. decisão foi expressa ao reconhecer a impossibilidade de sobrestar o presente feito, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.

Ademais, o raciocínio constante do v. acórdão derivou não somente da aplicação do entendimento que emana do RE 574.706/PR, mas de fundamentação jurídica robusta e da jurisprudência sedimentada deste órgão colegiado.

Por oportuno, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROSEGUIMENTO NA TRAMITAÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.035, § 5º, CPC. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

1. Cabe ao relator do processo submetido à repercussão geral determinar a suspensão dos feitos em trâmite nas instâncias inferiores, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil. Ainda, não fora determinada a suspensão nacional dos processos que tratam da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo certo que o efeito suspensivo delimitado no atual Código de Processo Civil é ope juris e não ope legis, razão pela qual, enquanto o relator do recurso extraordinário repetitivo não determinar tal efeito, este não subsiste.

2. O acórdão não se baseou unicamente na decisão do RE nº 574.706/PR, por outro lado, o entendimento firmado se dá pela evolução jurisprudencial acerca do tema pelos Tribunais pátrios e pelo quanto já decidido reiteradamente nessa E. Terceira Turma, sendo certo que a ausência de trânsito em julgado daquele paradigma não interfere na decisão proferida nesses autos.

3. Quanto à alegada omissão em relação a não manifestação expressa acerca do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, melhor sorte não acompanha a embargante, pois resta hialino que fora reconhecido que o ICMS não detém a natureza jurídica de receita da sociedade empresária, razão pela qual é impossível a incidência do PIS e da COFINS sobre tal parcela.

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

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000409-76.2017.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 28/01/2020, Intimação via sistema DATA: 30/01/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Quanto à suspensão do feito, não há como acatar o pedido 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. Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão.

2. No mérito, a embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

3. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduziram o julgador a decidir pela impossibilidade de inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.

5. Embargos de Declaração rejeitados.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004811-96.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 17/06/2019, Intimação via sistema DATA: 25/06/2019)

Noutro giro, não há que se falar também em contradição no r. *decisum*. Isso porque, foi expressamente reconhecido à parte autora o direito à compensação administrativa e à restituição judicial. Apenas houve a limitação do seu direito em conformidade com os parâmetros legais e com o pleito inicial. Assim sendo, o direito de compensação dos autores não pode ser exercido de forma indistinta, devendo obedecer o disposto no artigo 170-A do CTN e nos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/2007. O direito à restituição do indébito foi igualmente restringido, pois a sentença proferida em primeiro grau havia possibilitado à parte autora a restituição administrativa e judicial, contudo, os autores apenas pleitearam na exordial a restituição judicial.

Destarte, inexistindo vício algum, cabem às embargantes, caso queiram revisar o julgado de acordo com suas teses, utilizar-se da via recursal própria.

As questões, portanto, foram decididas em sentido diverso ao pretendido pelas embargantes, porém 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 um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos pela União e pela parte autora.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. 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. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. 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. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.
4. O raciocínio constante do v. acórdão derivou não somente da aplicação do entendimento que emana do RE 574.706/PR, mas de fundamentação jurídica robusta e da jurisprudência sedimentada deste órgão colegiado.
5. Não há que se falar também em contradição no r. *decisum*. Isso porque, foi expressamente reconhecido à parte autora o direito à compensação administrativa e à restituição judicial. Apenas houve a limitação do seu direito em conformidade com os parâmetros legais e com o pleito inicial. Assim sendo, o direito de compensação dos autores não pode ser exercido de forma indistinta, devendo obedecer o disposto no artigo 170-A do CTN e nos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/2007. O direito à restituição do indébito foi igualmente restringido, pois a sentença proferida em primeiro grau havia possibilitado à parte autora a restituição administrativa e judicial, contudo, os autores apenas pleitearam na exordial a restituição judicial.
6. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
7. Embargos de declaração da União e da parte autora 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 pela União e pela parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023671-78.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR: LUIS CLAUDIO ADRIANO

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS CLAUDIO ADRIANO - SP77552

AGRAVADO: ESTER SIMEIA GARABETTI GARCIA DE OLIVEIRA

Advogados do(a) AGRAVADO: SARAH CAROLINE MARTINS FAZANO - SP423311, ANA CAROLINE LOURENCETTE ROSA - SP393147

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023671-78.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR: LUIS CLAUDIO ADRIANO

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS CLAUDIO ADRIANO - SP77552

AGRAVADO: ESTER SIMEIA GARABETTI GARCIA DE OLIVEIRA

Advogados do(a) AGRAVADO: SARAH CAROLINE MARTINS FAZANO - SP423311, ANA CAROLINE LOURENCETTE ROSA - SP393147

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que antecipou a tutela, determinando à ré o fornecimento à parte autora do medicamento Sofosbuvir 400 mg e Ledipasvir 90 mg, conforme quantidade prescrita no receituário médico, em razão de ser portadora de cirrose hepática decorrente de hepatite tipo C, em sede de ação de rito ordinário.

Nas razões recursais, alegou a agravante UNIÃO FEDERAL, em preliminar, a falta de interesse processual da autora, porquanto os medicamentos pleiteados são disponibilizados gratuitamente pelo SUS, por meio das farmácias da Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, conforme política de dispensação dos Componentes Especializados de Assistência Farmacêutica – CEAF, devendo o feito ser extinto nos termos do art. 485, VI, CPC.

Quanto ao mérito, alegou a necessidade de realização de perícia médica.

Requeru o provimento do recurso, para cassar a decisão interlocutória ora atacada.

A agravada ESTER SIMEIA GARABETTI GARCIA, em contraminuta, alegou o descumprimento do art. 1.016, IV, CPC, na medida em que não consta o nome de uma de suas patronas na minuta recursal.

Em relação ao mérito, afirmou que, diagnosticada com Hepatite C no final do ano de 2011, faz acompanhamento contínuo desde então pelo SUS, sendo que, todavia, realizou pedido formal na Rede Integrada de Farmácias em agosto de 2018 e, passado mais de um ano, ainda não havia recebido a medicação.

Quanto à perícia, asseverou que o pedido está amparado por amplo acervo probatório, incluindo a prescrição do medicamento por médico do SUS, laudo médico atestando a sua imprescindibilidade e seu caráter infungível, bem como a urgência, diante do agravamento da doença, nos exatos termos dos Enunciados nº 12 e 14 da 1ª Jornada de Saúde do CNJ, invocados pela agravante.

Acrescentou que o MM Juízo *a quo* ainda nomeou perito para a realização de perícia médica no dia 12.07.2019, que foi devidamente realizada com a presença da agravada, sendo atestada a necessidade do medicamento e de sua imprescindibilidade.

Pugnou pelo improvido do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023671-78.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR: LUIS CLAUDIO ADRIANO

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS CLAUDIO ADRIANO - SP77552

AGRAVADO: ESTER SIMEIA GARABETTI GARCIA DE OLIVEIRA

Advogados do(a) AGRAVADO: SARAH CAROLINE MARTINS FAZANO - SP423311, ANA CAROLINE LOURENCETTE ROSA - SP393147

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que antecipou a tutela, determinando à ré o fornecimento à parte autora do medicamento Sofosbuvir 400 mg e Ledipasvir 90 mg, conforme quantidade prescrita no receituário médico, em razão de ser portadora de cirrose hepática decorrente de hepatite tipo C, em sede de ação de rito ordinário.

No que concerne ao descumprimento do art. 1.016, IV, CPC, por falta de indicação do nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo, por ausência de indicação de uma das patronas da agravada, verifica-se que a recorrente mencionou o nome de uma das advogadas da parte e, embora não tenha indicado de todas, restou cumprida a exigência. De qualquer forma, inexistiu qualquer prejuízo à parte recorrida, que foi efetivamente intimada, apresentou resposta.

Quanto à preliminar invocada pela União Federal, cumpre observar, dos autos de origem, que a parte foi diagnosticada com a doença e a ela foi prescrita a medicação pleiteada por médico do SUS. Formalizado o pedido junto à rede integrada de farmácia em 10/08/2018, até a propositura da ação subjacente e até mesmo o deferimento da tutela, não havia a parte recebido o tratamento almejado.

Isto posto, infere-se, ao contrário do sustentado pela agravante, o interesse processual da parte autora.

Quanto ao mérito, em relação à necessidade de perícia médica, ainda que, compulsando os autos de origem, não se verifique sua realização, é certo que tanto o diagnóstico, como a prescrição, foram efetuadas por médicos vinculados ao SUS, portanto, de caráter oficial.

Destarte, diante do perigo na demora, a concessão da tutela antecipada, antes da efetivação da perícia, não compromete a evidência do diagnóstico da autora e prescrição do medicamento.

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

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - SOFOSBUVIR E LEDIPASVIR – INTERESSE PROCESSUAL – EXISTÊNCIA – PERÍCIA – LAUDO E PRESCRIÇÃO FEITAS POR MÉDICO DO SUS – RECURSO IMPROVIDO.

1.No que concerne ao descumprimento do art. 1.016, IV, CPC, por falta de indicação do o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo, por ausência de indicação de uma das patronas da agravada, verifica-se que a recorrente mencionou o nome de uma das advogadas da parte e, embora não tenha indicado de todas, restou cumprida a exigência. De qualquer forma, inexistiu qualquer prejuízo à parte recorrida, que foi efetivamente intimada, apresentou resposta.

2.A parte foi diagnosticada com a doença e a ela foi prescrita a medicação pleiteada por médico do SUS. Formalizado o pedido junto à rede integrada de farmácia em 10/08/2018, até a propositura da ação subjacente e até mesmo o deferimento da tutela, não havia a parte recebido o tratamento almejado. Isto posto, infere-se o interesse processual da parte autora.

3.Em relação à necessidade de perícia médica, ainda que, compulsando os autos de origem, não se verifique sua realização, é certo que tanto o diagnóstico, como a prescrição, foram efetuadas por médicos vinculados ao SUS, portanto, de caráter oficial.

4.Diante do perigo na demora, a concessão da tutela antecipada, antes da efetivação da perícia, não compromete a evidência do diagnóstico da autora e prescrição do medicamento.

5.Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002881-78.2016.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULA MARTINS DA SILVA COSTA - SP171980

AGRAVADO: FELIPE REZENDE TALIB, MARIA APARECIDA REZENDE

Advogado do(a) AGRAVADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A

Advogado do(a) AGRAVADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002881-78.2016.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULA MARTINS DA SILVA COSTA - SP171980

AGRAVADO: FELIPE REZENDE TALIB, MARIA APARECIDA REZENDE

Advogado do(a) AGRAVADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A

Advogado do(a) AGRAVADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de decisão que, em sede de ação ordinária, concedeu tutela de urgência e determinou à União o fornecimento da medicação Translarna® (Ataluren) a FELIPE REZENDE TALIB, até ordem judicial em contrário, a ser ministrada na forma da prescrição médica acostada aos autos.

Registra o MM Juízo que a necessidade do medicamento solicitado por FELIPE REZENDE TALIB vem suficientemente demonstrada através do relatório médico (ID 356243), elaborado por Dr. João Espir Filho, mestre em neurologia pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, esclarecendo tratar-se de doença de índole degenerativa que gera redução de massa muscular.

Afirma, ainda, que embora o autor conte atualmente com 15 anos, a documentação médica trazida aos autos esclarece que *"Uma vez perdida a capacidade de deambulação, as contraturas articulares e escolioses desenvolvem-se rapidamente, seguido de atrofia músculo-esquelética, culminando com morte em torno dos 20 anos de idade, decorrente de insuficiência cardio-respiratória"*, e isso permite afirmar que, no momento, qualquer demora no fornecimento da medicação é apta a impor-lhe agravamento de saúde potencialmente irreversível.

Nas razões recursais, alegou a União, em apertada síntese: ilegitimidade de parte, ausência de registro do medicamento na ANVISA, ausência de comprovação científica da eficácia da droga requerida, violação ao princípio da separação dos poderes, fornecimento do medicamento por tempo indeterminado, existência de tratamento alternativo fornecido pelo SUS e necessidade de prova pericial.

Indeferido o pedido de antecipação da tutela.

O agravado não apresentou contraminuta.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002881-78.2016.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULA MARTINS DA SILVA COSTA - SP171980

AGRAVADO: FELIPE REZENDE TALIB, MARIA APARECIDA REZENDE

Advogado do(a) AGRAVADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A

Advogado do(a) AGRAVADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A saúde é um direito social garantido pela Constituição da República (art. 6º), indissociável do direito à vida (art. 5º, caput).

À luz dos artigos 196 e 198, § 1º, da Magna Carta, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população, o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra com o mero repasse de verbas.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma que qualquer ente federado tem legitimidade para figurar, em conjunto ou isoladamente, no polo passivo de demanda que tenha como escopo o acesso a medicamentos adequados para tratamento de saúde. Neste sentido, confira-se: REsp 1805886/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2019, DJe 17/06/2019; AgInt no REsp 1617502/PI, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017.

Qualquer ente federativo tem, portanto, legitimidade passiva para integrar demanda em que se pretende o fornecimento de medicamentos ou tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Afastada, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada pela União.

Passo à análise do mérito.

A Lei nº 8.080/90 que regulamentou o Serviço Único de Saúde - SUS, com fundamento na Carta da República, define a saúde como um direito fundamental e inclui nas suas ações a assistência farmacêutica integral.

Os princípios mais importantes do SUS são a universalidade, a equidade e a integralidade. A integralidade remete à ideia de que o atendimento dispensado pelo SUS ao paciente deve ser completo.

É assegurado a todos o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde, bem como a integralidade da assistência, dispondo a lei que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

In casu, o agravado comprovou ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, doença hereditária genética, ligada ao cromossomo X, progressivamente degenerativa e sem cura, que consiste em doença neuromuscular com progressão até um risco significativo de paraplegia, baixa qualidade de vida e mortalidade precoce.

Diante da raridade da doença, há no mundo uma única terapia medicamentosa projetada para tratar especificadamente a DMD, como o uso do Translarna®, que possui aprovação para uso e comercialização em mais de 31 países.

Entendo que o fornecimento gratuito de medicamentos deve atingir toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. A padronização significa que os medicamentos padronizados serão os habitualmente fornecidos, o que não impede que o SUS forneça outro tipo de medicamento indispensável ao tratamento.

A recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo autor implica em desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, o direito à vida, direitos estes indissociáveis.

A Constituição Federal, no inciso XXXV, do seu artigo 5º, preceitua que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Neste passo, o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado como óbice à realização de direitos sociais, sendo de fundamental importância a atuação do Judiciário como órgão controlador da atividade administrativa, ordenando o cumprimento de determinada política pública, uma vez que o direito à vida e à saúde representa um dever constitucional do Estado, não se encontrando no âmbito dos atos discricionários (oportunidade e conveniência) da Administração Pública.

A Primeira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.657.156/RJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no sentido de que "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".

Modulou-se os efeitos do repetitivo supracitado, por ocasião do julgamento dos EDcl no REsp 1.657.156/RJ, de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 04/05/2018.

No caso vertente, a ação de origem foi ajuizada em 10/11/2016, bem assim o agravado comprovou ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, a necessidade da medicação Translarna® (Ataluren) para o seu tratamento, além da incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito.

Insta salientar que, desde 29/04/2019, o medicamento Translarna® (Ataluren) encontra-se registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária sob o nº 1577000010036 (processo nº 25351.717381/2017-67).

Presentes, pois, os requisitos autorizadores para a concessão para concessão do medicamento pleiteado.

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

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO À SAÚDE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - TRANSLARNA® (ATALURENO) - RESP 1.657.156/RJ – AGRAVO IMPROVIDO

1. A saúde é um direito social garantido pela Constituição da República (art. 6º), indissociável do direito à vida (art. 5º, caput).
2. À luz dos artigos 196 e 198, § 1º, da Magna Carta, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população, o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra com o mero repasse de verbas.
3. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma que qualquer ente federado tem legitimidade para figurar, em conjunto ou isoladamente, no polo passivo de demanda que tenha como escopo o acesso a medicamentos adequados para tratamento de saúde. Neste sentido, confira-se: REsp 1805886/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2019, DJe 17/06/2019; AgInt no REsp 1617502/PI, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017.

4. Qualquer ente federativo tem, portanto, legitimidade passiva para integrar demanda em que se pretende o fornecimento de medicamentos ou tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Afastada, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada pela União.
5. A Lei nº 8.080/90 que regulamentou o Serviço Único de Saúde - SUS, com fundamento na Carta da República, define a saúde como um direito fundamental e inclui nas suas ações a assistência farmacêutica integral.
6. Os princípios mais importantes do SUS são a universalidade, a equidade e a integralidade. A integralidade remete à ideia de que o atendimento dispensado pelo SUS ao paciente deve ser completo.
7. É assegurado a todos o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde, bem como a integralidade da assistência, dispondo a lei que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
8. In casu, o agravado comprovou ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, doença hereditária genética, ligada ao cromossomo X, progressivamente degenerativa e sem cura, que consiste em doença neuromuscular com progressão até um risco significativo de paraplegia, baixa qualidade de vida e mortalidade precoce.
9. Diante da raridade da doença, há no mundo uma única terapia medicamentosa projetada para tratar especificadamente a DMD, com o uso do Translarna®, que possui aprovação para uso e comercialização em mais de 31 países.
10. Entendo que o fornecimento gratuito de medicamentos deve atingir toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. A padronização significa que os medicamentos padronizados serão os habitualmente fornecidos, o que não impede que o SUS forneça outro tipo de medicamento indispensável ao tratamento.
11. A recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo autor implica em desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, o direito à vida, direitos estes indissociáveis.
12. A Constituição Federal, no inciso XXXV, do seu artigo 5º, preceitua que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".
13. Neste passo, o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado como óbice à realização de direitos sociais, sendo de fundamental importância a atuação do Judiciário como órgão controlador da atividade administrativa, ordenando o cumprimento de determinada política pública, uma vez que o direito à vida e à saúde representa um dever constitucional do Estado, não se encontrando no âmbito dos atos discricionários (oportunidade e conveniência) da Administração Pública.
14. A Primeira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.657.156/RJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no sentido de que "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".
15. Modulou-se os efeitos do repetitivo supracitado, por ocasião do julgamento dos EDcl no REsp 1.657.156/RJ, de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 04/05/2018.
16. No caso vertente, a ação de origem foi ajuizada em 10/11/2016, bem assim o agravado comprovou ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, a necessidade da medicação Translarna® (Ataluren) para o seu tratamento, além da incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito.
17. Insta salientar que, desde 29/04/2019, o medicamento Translarna® (Ataluren) encontra-se registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária sob o nº 1577000010036 (processo nº 25351.717381/2017-67).
18. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013331-41.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: FELISBERTO CORDOVAADVOGADOS - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFERSON DA ROCHA - SC21560-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013331-41.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: FELISBERTO CORDOVAADVOGADOS - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFERSON DA ROCHA - SC21560

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FELISBERTO CORDOVAADVOGADOS contra decisão que, em cumprimento individual de sentença coletiva, afastou a condenação dos executados em verba honorária ante a ausência de impugnação quanto ao valor executado.

Posteriormente, a r. decisão agravada restou complementada nos seguintes termos:

Vistos.

Id 32696222 – Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Em complemento à fundamentação, acresço as considerações que seguem.

Proferida decisão na fase de cumprimento individual de sentença coletiva (Id 30458571), foi indeferido o arbitramento de honorários advocatícios, com arrimo no art. 85, § 7º, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

“(...) Não tendo havido impugnação quanto ao valor executado, deixo de condenar as rés ao pagamento de honorários advocatícios nesta fase de cumprimento de sentença”.

Ao presente caso não se aplica o entendimento firmado pelo c. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Repetitivo [REsp 1648238/RS](#) (tema 973), que disciplinou “O artigo 85, [parágrafo 7º](#), do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.”

Esse precedente é endereçado aos casos em que o advogado que patrocina os interesses do substituído e não possua título judicial para a execução dos honorários de sucumbência, possa, na fase de cumprimento de sentença, ser remunerado pelo seu trabalho.

A finalidade é justamente a de evitar que o advogado fique sem remuneração na fase de cumprimento de sentença

Entretanto, no presente caso, o advogado que atuou durante a fase de conhecimento é o mesmo que representa a parte na fase de cumprimento individual de sentença, e já acresceu ao principal devido ao substituído os honorários advocatícios de sucumbência fixados na fase de conhecimento - em face dos quais não houve insurgência da União e do FNDE.

A se permitir o arbitramento de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença, faria jus o advogado a dupla remuneração pelos serviços prestados (bis in idem), causando enriquecimento ilícito em detrimento da União e do FNDE, já que não tendo havido impugnação por estas, não há sucumbência a justificar a fixação de novos honorários, para além daqueles já incluídos no cálculo de liquidação.

Não é essa a ratio essendi da Súmula 345 do STJ e do precedente vinculante.

Revedo entendimento exarado em outros casos de cumprimento de sentença, também patrocinados pelo mesmo causídico, mantenho a condenação da União e do FNDE apenas ao pagamento dos honorários de sucumbência atrelados à ação principal - em relação aos quais não houve impugnação pelas executadas.

Comunique-se esta decisão ao Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento 5013317-57.2020.4.03.0000).

Cumpram-se as determinações que constam do Id. 30458571.

Publique-se. Intimem-se.

Em suas razões recursais, sustenta o agravante que no cumprimento individual de sentença proveniente de ação coletiva são devidos honorários advocatícios mesmo que não tenha havido impugnação pela Fazenda Pública. Defende que a situação dos autos é idêntica ao do recurso representativo de controvérsia (cumprimento individual de sentença prolatada em ação coletiva) REsp n.º 1.648.238 (Tema 973).

Intimadas, apenas a União Federal apresentou sua contraminuta. Defendeu, em síntese, ser aplicável ao caso o art. 85, § 7.º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão em julgamento cinge-se na possibilidade de fixação de honorários advocatícios sucumbenciais em cumprimento individual de sentença proferida em sede de ação ordinária ajuizada por Associação, com fulcro no art. 5º, XXI, da Constituição Federal.

Quando do julgamento do REsp n.º 1.648.498, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese (Tema n.º 973): *O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.*

O c. Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o referido REsp n.º 1.648.498, definiu ser devida a verba honorária ainda que o cumprimento individual de sentença coletiva não haja sido impugnado e promovido em litisconsórcio, entendendo pela aplicabilidade do enunciado de Súmula 345 diante da superveniência do art. 85, § 7º, do CPC/2015.

Ao enfrentarem a questão submetida ao julgamento do REsp n.º 1.648.498, qual seja a aplicabilidade do enunciado de Súmula 345 diante da superveniência do art. 85, § 7º, do CPC/2015, o Órgão Especial do c. STJ, conforme se verifica de trecho do voto do e. Relator, Ministro Gurgel de Faria, consolidou a seguinte interpretação:

(...)

Isso sopesado, tenho que a interpretação que deve ser dada ao art. 85, § 7º, do CPC/2015 é a de que, nos casos de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública em que a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação. Isso porque o cumprimento de sentença de que trata o referido diploma legal é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo.

Entretanto, quando o procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, almeja a satisfação de direito reconhecido em decisão judicial condenatória genérica proferida em ação coletiva, ele não pode receber o mesmo tratamento de uma etapa de cumprimento comum, visto que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, cuja existência e liquidez será objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado. E isso naturalmente decorre do fato de os sujeitos processuais que a compõem não serem os mesmos da ação cognitiva, uma vez que o exequente, logicamente, não fez parte da fase de conhecimento.

Em outras palavras, nessas decisões coletivas – lato sensu – não se especifica o quantum devido nem a identidade dos titulares do direito subjetivo, sendo elas mais limitadas do que as que decorrem das demais sentenças condenatórias típicas. Assim, transfere-se para a fase de cumprimento a obrigação cognitiva relacionada com o direito individual de receber o que findou reconhecido no título judicial proferido na ação ordinária.

Em face disso, a execução desse título judicial pressupõe cognição exauriente, cuja resolução se deve dar com estrita observância dos postulados da ampla defesa e do contraditório, a despeito do nome dado ao procedimento, que induz a indevida compreensão de se estar diante de mera fase de cumprimento, de cognição limitada.

(...)

No caso dos autos, cuida-se de cumprimento individual de sentença proferida em sede de ação ordinária ajuizada pela ASCANA – Associação dos Fomecedores de Cana do Médio Tietê, em desfavor da União Federal e do FNDE, na qual obteve, em prol dos associados arrolados na lista acostada à exordial, a declaração de inexigibilidade, bem como a consequente repetição do indébito, do SALÁRIO EDUCAÇÃO, recolhido dos empregadores rurais, pessoas físicas, de forma indevida, com arrimo no artigo 15 da Lei n.º 9.424/1996 (AC de registro n.º 0001207-72.2010.4.03.6108, que tramitou perante a 2.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Bauri-SP).

A ASCANA – Associação dos Fomecedores de Cana do Médio Tietê ajuizou ação ordinária em desfavor da União Federal e do FNDE, na qualidade de representante processual dos associados, segundo a regra prevista no art. art. 5º, XXI, da Constituição Federal, hipótese em que se fez necessária para a propositura da ação a apresentação de procuração específica dos associados, ou concedida pela Assembleia Geral convocada para este fim, bem como lista nominal dos associados representados, nos termos do art. 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97.

No ponto, o c. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 612.043 (Tema 499), fixou a seguinte tese de repercussão geral:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

Ao cumprimento individual da sentença proferida nos autos da ação ordinária ajuizada pela ASCANA – Associação dos Fomecedores de Cana do Médio Tietê, portanto, não se aplica o entendimento consubstanciado no Tema n.º 973 do c. STJ, uma vez que, de acordo com a interpretação consolidada quando do julgamento do REsp n.º 1.648.498, conforme trecho do voto do e. Relator acima transcrito, o caso em análise diverge dos procedimentos de cumprimento individual de sentença coletiva que almejam a satisfação de direito reconhecido em decisão judicial condenatória genérica proferida em ação coletiva.

Na ação ordinária ajuizada pela ASCANA – Associação dos Fomecedores de Cana do Médio Tietê houve a identificação dos titulares do direito subjetivo, quais sejam os filiados constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento, inexistindo qualquer discussão, nesta fase de cumprimento de sentença, acerca da existência ou liquidez de nova relação jurídica como pressuposto para a satisfação do direito pleiteado, pois a relação jurídica existente entre as partes esteve concluída desde a ação ordinária.

O pedido formulado na ação ordinária ajuizada pela ASCANA – Associação dos Fomecedores de Cana do Médio Tietê restou assim formulado:

d) Em provimento final, julgar totalmente procedente a ação para: d.1.) declarar a inexistência de obrigação jurídica tributária a vincular os produtores rurais pessoas físicas, empregadores, associados a autora, a recolher a Contribuição ao Salário Educação de que trata a Lei 9.424/96 (art. 212, § 5.º, da CF), bem como d.2.) condenar os réus à restituição dos valores recolhidos indevidamente ao longo dos últimos dez anos (a serem apurados em liquidação de sentença ou execução de sentença) que deverão ser devidamente atualizados desde o pagamento indevido e acrescidos de juros de mora, como de direito.

A sentença proferida excluiu o INSS e o FNDE do polo passivo, declarou a inexistência de obrigação jurídica tributária a vincular os produtores rurais pessoas físicas, empregadores, associados a autora, desde que não estejam inscritos no CNPJ, a recolher a Contribuição ao salário educação de que trata a Lei 9.424/96 (art. 212, 5º da CF), e condenou a União à restituição dos valores recolhidos indevidamente ao longo dos últimos cinco anos, de acordo com a fundamentação, devidamente atualizados monetariamente a partir do recolhimento indevido até a data de seu efetivo ressarcimento, pelos mesmos índices aplicados pela Fazenda Pública, com relação aos seus créditos.

Posteriormente, esta e. Terceira Turma negou provimento ao agravo interposto, mantendo a decisão monocrática que tinha dado provimento à apelação da autora para manter o FNDE no polo passivo e afastar a exigibilidade da contribuição social do salário educação de seus associados, arrolados na lista de associados da autora da exordial, ainda que inscritos no CNPJ, negado provimento à apelação da União e dado parcial provimento à remessa oficial para elucidar que os valores a serem restituídos serão corrigidos somente pela taxa Selic.

A referida decisão monocrática proferida nos autos principais manteve a condenação dos réus ao pagamento das custas processuais que a autora antecipou e os honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do antigo Código de Processo Civil, devendo cada corréu arcar com 50% destes.

Como trânsito em julgado, em 13/4/2018, os autos retornaram do e. Superior Tribunal de Justiça, que manteve o v. acórdão proferido na referida AC n.º 0001207-72.2010.4.03.6108 na íntegra.

Na fase própria, em cumprimento de sentença, o exequente, associado que consta da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento, juntou as guias comprobatórias dos recolhimentos efetuados à título de salário educação, bem como resumo de cálculo, discriminando os valores a serem restituídos (principal e honorários advocatícios).

Os executados foram intimados e expressamente concordaram com os valores apresentados.

Vê-se, assim, que a atividade cognitiva adicional, exigida pelo precedente que deu origem ao Tema n.º 973 do c. STJ, para justificar a imposição de verba honorária nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados, não ocorreu no caso em julgamento e, por isso, não são devidos honorários, nos termos prescritos no art. 85, § 7.º, do Código de Processo Civil, tendo em conta que os ora agravados não impugnaram os cálculos apresentados pelo ora agravante.

Anota-se, por fim, que, nesta fase de cumprimento de sentença, o advogado que atuou durante a de conhecimento é o mesmo que representa a parte e também figura como exequente - sociedade de advogados da qual pertence -, tendo acrescido ao principal devido ao exequente os honorários advocatícios de sucumbência fixados na fase de conhecimento - em face dos quais não houve insurgência da União e do FNDE.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO

1. O c. Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o REsp n.º 1.648.498, definiu ser devida a verba honorária ainda que o cumprimento individual de sentença coletiva não haja sido impugnado e promovido em litisconsórcio, entendendo pela aplicabilidade do enunciado de Súmula 345 diante da superveniência do art. 85, § 7º, do CPC/2015.

2. Ao enfrentarem a questão submetida ao julgamento do REsp n.º 1.648.498, qual seja a aplicabilidade do enunciado de Súmula 345 diante da superveniência do art. 85, § 7º, do CPC/2015, o c. Órgão Especial do e. STJ, consolidou interpretação segundo o qual *“o procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, almeja a satisfação de direito reconhecido em decisão judicial condenatória genérica proferida em ação coletiva, ele não pode receber o mesmo tratamento de uma etapa de cumprimento comum, visto que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, cuja existência e liquidez será objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado”*.

3. No caso dos autos, cuida-se de cumprimento individual de sentença proferida em sede de ação ordinária ajuizada pela ASCANA – Associação dos Fornecedores de Cana do Médio Tietê, em desfavor da União Federal e do FNDE, na qual obteve, em prol dos associados arrolados na lista acostada à exordial, a declaração de inexigibilidade, bem como a consequente repetição do indébito, do SALÁRIO EDUCAÇÃO, recolhido dos empregadores rurais, pessoas físicas, de forma indevida, com arrimo no artigo 15 da Lei n.º 9.424/1996.

4. A ASCANA – Associação dos Fornecedores de Cana do Médio Tietê ajuizou ação ordinária em desfavor da União Federal e do FNDE, na qualidade de representante processual dos associados, segundo a regra prevista no art. art. 5º, XXI, da Constituição Federal, hipótese em que se fez necessária para a propositura da ação a apresentação de procuração específica dos associados, ou concedida pela Assembleia Geral convocada para este fim, bem como lista nominal dos associados representados, nos termos do art. 2º-A, parágrafo único, da Lei n.º 9.494/97.

5. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 612.043 (Tema 499), fixou a seguinte tese de repercussão geral: *A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.*

6. Na ação ordinária ajuizada pela ASCANA – Associação dos Fornecedoros de Cana do Médio Tietê houve a identificação dos titulares do direito subjetivo, quais sejam os filiados constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento, inexistindo qualquer discussão, nesta fase de cumprimento de sentença, acerca da existência ou liquidez de nova relação jurídica como pressuposto para a satisfação do direito pleiteado, pois a relação jurídica existente entre as partes esteve concluída desde a ação ordinária.

7. Os ora agravados não impugnam os cálculos apresentados pelo ora agravante, sendo aplicável ao caso, portanto, o art. 85, § 7.º, do Código de Processo Civil.

8. Agravo de instrumento não provido.

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 5000501-16.2019.4.03.6002

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

APELANTE: MISSAO NOVAS TRIBOS DO BRASIL

Advogado do(a) APELANTE: BRUNO ALCANTARA COLOCA - GO39134-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

Fica(m) a(s) parte(s) ciente(s) da publicação do v.acórdão ID nº 149783018.

São Paulo, **29 de dezembro de 2020.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034130-08.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: METALLATINA INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALESSANDRO BATISTA - SP223258-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.

No caso, o agravante apontou incoerência na decisão agravada, pois, segundo alegado, o objeto da impetração é justamente o descumprimento de decisão da Administração de inscrição em dívida ativa quanto ao pedido de transação formulado nos termos da Lei 13.988/2019, bem como Portarias RFB 247/2020 e 14.402/2020, com prazo limite para adesão em 29/12/2020.

A respeito, o artigo 1º, § 1º da Lei 13.988/2019 preconiza o juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública para a celebração de transação, nos termos exigidos pela referida lei e pelas portarias regulamentadoras indicadas, que preveem diversas modalidades e condições de transação, de acordo com a espécie tributária e o órgão executor.

Vislumbra-se que, na espécie, o requerente formulou em 18/08/2020 pedido de desistência da manifestação de inconformidade no PA 11128-720.336/2012-14, relativo ao lançamento 0817800/05402/12 (ID 150450447, f. 81/3), para fins de obter os benefícios legais da transação. Asseverou que, no entanto, aguarda até o momento a liberação no sistema E-CAC para pagamento do débito à vista com os descontos previstos, tendo o Fisco assinalado o meio de adesão de forma equivocada quanto à modalidade (ID 150450451).

Contudo, verifica-se que há requisito legal intransponível que não foi até o momento preenchido pela requerente, tendo em vista que o débito não encontra-se inscrito em dívida ativa, conforme informações prestadas pela autoridade coatora (ID 43712129, f. 1/5). Ademais, ao contrário do que narrou a impetrante, não houve análise definitiva sobre o cumprimento dos requisitos legais ou, ainda, determinação de inscrição em dívida ativa, mas tão somente despacho de encaminhamento aos vários setores do Fisco, estando, conforme comprovou a autoridade impetrada, em tramitação na DERAT/SP, especificamente na Equipe de Revisão do Crédito Tributário.

Ressalte-se que a informação sobre o Edital de Transação e Adesão 01/2020, voltado exclusivamente ao contencioso administrativo tributário de pequeno valor, hipótese diversa da discutida nos autos, não configurou expresso deferimento ou aceitação do pedido da agravante, mas mera informação à consulta desta, a despeito do equívoco quanto à modalidade de transação.

Portanto, em análise sumária, ante a constatação de não preenchimento de requisito legal específico, não se avista probabilidade do direito alegado, sem prejuízo de que, em cognição exauriente, possa ser reapreciada a questão e, então, aplicada a solução pertinente à espécie como efeito próprio, dado que judicializada a controvérsia.

Ante o exposto, indefiro a antecipação de tutela recursal.

Intime-se a agravada para resposta.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

em plantão judicial de recesso

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007046-42.2019.4.03.6119

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

APELANTE: PERMETALS A METAIS PERFURADOS

DECISÃO

Vistos.

Determino retirada de pauta.

Trata-se de embargos de declaração opostos na apelação à sentença que denegou mandado de segurança para assegurar o recolhimento de contribuições ao salário-educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, com o limite de vinte salários mínimos imposto à base de cálculo na forma do parágrafo único do artigo 4º da Lei 6.950/1981, prejudicado o pedido de compensação.

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

Ante o exposto, determino o sobrestamento do presente feito.

Intime-se.

Anote-se no controle de sobrestados.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5034130-08.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: METALLATINA INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALESSANDRO BATISTA - SP223258-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de pedido de reconsideração de decisão proferida em regime de plantão, que indeferiu a tutela recursal requerida para adesão a acordo fiscal previsto na Lei 13.988/2019.

Com efeito, apesar dos argumentos lançados pela requerente, verifica-se que o débito não se encontra inscrito em dívida ativa, critério objetivo expressamente eleito pelo legislador para instituição do respectivo programa, o que redundará na impossibilidade da concessão de provimento judicial *contra legem*, em fase prematura do trâmite processual, para assegurar transação tributária vedada pelo artigo 11, §2º, IV da referida lei.

A análise administrativa pretendida atine ao campo discricionário da Administração Pública, sem embargo do princípio da legalidade, isonomia, capacidade contributiva e outros enunciados na lei de regência (artigo 1º, § 2º). Descabe ao Poder Judiciário, *initio litis*, substituir a Administração nas competências próprias para analisar requisitos legais e regulamentares voltados ao juízo de conveniência e oportunidade, bem assim para determinar inscrição em dívida ativa.

Reitere-se que se eventualmente constatada, no momento processual próprio, demora excessiva, injustificada e ilegal do Fisco em analisar o pedido do contribuinte e consolidar o débito, em deliberado prejuízo à transação fiscal para pagamento à vista de tributos com os descontos previstos, no âmbito da ação, considerado o deduzido, deve ser adotada a providência restaurativa necessária, que não cabe reconhecer, porém, desde logo, diante da vedação expressa contida na legislação.

Ante o exposto, mantenho o indeferimento da tutela requerida.

Cumpra-se o anteriormente determinado.

Intime-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

em plantão judicial de recesso

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004837-90.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: THIAGO LIMA RIBEIRO RAIA - SP270370-A

AGRAVADO: FREUDENBERG-NOK COMPONENTES BRASIL LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: CAMILA MARQUES DE AZEVEDO - SP375451-A, FELIPE JIM OMORI - SP305304-A, JULIANA NUNES DOS SANTOS - SP235023, JOSE FLAVIO PICCININ DIAS PACHECO - SP256970, ALVARO LUCASECHI LOPES - SP237759-A, VICTOR BORGES POLIZELLI - SP194777, HENRIQUE DE OLIVEIRA LOPES DA SILVA - SP110826-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de requerimento de atribuição de efeito suspensivo a embargos de declaração contra decisão da relatoria originária que, em agravo de instrumento interposto pela União, concedeu antecipação da tutela recursal para definir que o levantamento dos depósitos judiciais autorizado pelo Juízo *a quo*, relativo ao ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS discutido no mandado de segurança 0006064-51.2007.4.03.6114, em que concedida a ordem, refira-se apenas à parcela do ICMS efetivamente devido pelo contribuinte, e não aquele destacado na nota fiscal, tal como constou da decisão agravada.

Alegou a agravada ocorrência de omissão e contradição na decisão embargada, pois: (1) há relevante dúvida quanto ao cabimento do agravo de instrumento; (2) ausente requisitos para concessão da antecipação da tutela recursal, já que a própria relatoria ressaltou a ausência de plausibilidade jurídica do recurso; (3) a coisa julgada foi estabelecida no sentido de que a integralidade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS deveria ser excluída, não havendo determinação em contrário por parte do Supremo Tribunal Federal, no julgamento com repercussão geral; (4) encontram-se presentes requisitos para atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração, pois a jurisprudência da 2ª Seção encontra-se firmada no sentido de que o ICMS a ser excluído é aquele destacado das notas fiscais, inexistindo possibilidade de suspensão de demandas a tratar do assunto após a publicação da ata de julgamento do recurso no Supremo Tribunal Federal; (5) a sentença transitada em julgada no mandado de segurança determinou a exclusão do ICMS incidente em suas operações da base de cálculo do PIS/COFINS, vale dizer, aquele destacado nas notas fiscais; (6) há efetivo perigo de dano na manutenção da decisão embargada, pois impossibilita ao contribuinte utilização da totalidade do indébito decorrente da coisa julgada, tornando, por consequência, certo que a autoridade tributária não irá homologar a totalidade das compensações efetuadas, efetuando autuações com aplicação de multas elevadas; e (7) a manutenção da decisão embargada impactará na apuração do PIS/COFINS vincendo, pois o contribuinte precisará efetuar operações complexas para avaliações, cálculos e obrigações acessórias para definir o montante a ser recolhido nos meses de dezembro/2020 e seguintes.

DECIDO.

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.

De fato, não se vislumbra risco de grave prejuízo ou de difícil reparação, a ensejar análise de pedido suspensivo aos embargos de declaração em plantão judicial de recesso, tendo em vista não incorrer em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1º da Resolução CNJ 71/2009 c/c artigo 1º, parágrafo único da Resolução CNJ 244/2016.

No caso, cabe apenas ressaltar que, embora os depósitos judiciais relativos ao tributo discutido no mandado de segurança já tenham sido integralmente levantados, alegou o embargante que a antecipação de tutela concedida pela relatoria do agravo de instrumento causa dano irreparável, pois não permite utilização da integralidade do indébito reconhecido na coisa julgada, resultando em homologação apenas parcial de compensações já efetuadas, com possibilidade de autuação pela autoridade tributária e aplicação de elevadas multas.

Sobre tal ponto de vista, deve ser destacado que os valores depositados judicialmente já se encontram na esfera patrimonial do contribuinte, podendo inclusive gerar frutos civis, o que demonstra inexistência de impacto financeiro significativo. Por sua vez, a possibilidade de não-homologação de parcela de pedidos de compensação e autuações fiscais não resultam em dano imediato, no período de plantão judicial de recesso, a exigir pronta atuação do plantonista, pois as eventuais não-homologações de compensações e autuações fiscais, em ocorrendo no período de recesso, submetem-se a prazos de impugnação, em que permanece suspensa a exigibilidade dos tributos.

Portanto, não se avistando o *periculum in mora* qualificado na espécie, **aguarde-se o retorno das atividades regulares da Corte, para apreciação do pleito pela relatoria originária do recurso.**

Publique-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Emplantação judicial de recesso

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014190-69.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ILTON IRINEU DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014190-69.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ILTON IRINEU DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo INSS contra a sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou procedente o pedido, para que determinar que a autoridade impetrada analise o requerimento administrativo apresentado no prazo máximo de 30 dias. Honorários advocatícios indevidos (id 136336865).

Sustenta o apelante, em síntese, que (id 136336867):

a) o STF decidiu, sob a sistemática da repercussão geral (RE n.º 631.240/MG), ser imprescindível, como regra, a manifestação administrativa antes de o segurado *instar* o Poder Judiciário sobre pretensão de direito a benefício previdenciário;

b) não se pode impor ao INSS a análise, em prazo exíguo, de requerimento administrativo de determinado segurado por ordem judicial, quando inexistem condições fáticas e momentâneas de aplicação do mesmo entendimento para os demais casos pendentes (princípio da reserva do possível, princípio da eficiência, princípio da separação dos poderes);

c) o entendimento explicitado na sentença viola os artigos 5º e 37 da CF, que garantem o tratamento isonômico e pessoal a todos os brasileiros;

d) o artigo 41-A da Lei n.º 8.213/91 traz um prazo mínimo para o início do pagamento do benefício contado da conclusão da análise administrativa, com a disponibilização da documentação necessária. Da leitura do artigo 49 da Lei n.º 9.784/99, evidencia-se que o referido prazo de 30 dias configura interregno temporal para decisão depois da conclusão de toda a instrução processual. Tais normas não se aplicam ao caso;

e) as situações excepcionais merecem tratamento especial, inclusive pelo Poder Judiciário. Aplicam-se ao caso o disposto nos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, além do parâmetro temporal (90 dias) definido pelo STF na modulação dos efeitos no julgamento do RE n.º 631.240/MG.

Pede a reforma do julgado.

Contrarrazões registradas sob o id 136336873.

O MPF manifestou-se no sentido do desprovimento do apelo e do reexame necessário (id 136624156).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5014190-69.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ILTON IRINEU DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Inicialmente, cabe destacar que na situação dos autos não se pleiteia a concessão de benefício previdenciário, como alegado (RE n.º 631.240/MG), mas sim a conclusão do procedimento administrativo.

A Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, merece destaque a jurisprudência desta corte:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I- O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.

II- Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça. III- Remessa oficial improvida.

(REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018..FONTE_REPUBLICACAO:)

Nesse contexto, apresentando o requerimento administrativo em 29 de maio de 2019 (id 136336848), evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal (mandado de segurança impetrado em 15/10/2019), bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Assim, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que, efetivamente, não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

Nesse contexto, descabe se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

As argumentações relativas aos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm o condão de infirmar o entendimento explicitado.

Ainda que o prazo para desfecho do procedimento administrativo fosse de 90 (noventa dias), tal período já se esgotou.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Ante o exposto, **nego provimento ao apelo e à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- Cabe destacar que na situação dos autos não se pleiteia a concessão de benefício previdenciário, como alegado (RE n.º 631.240/MG), mas sim a conclusão do procedimento administrativo.

- A Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada.

- Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Nesse contexto, formulado o requerimento administrativo em 29 de maio de 2019, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal (mandado de segurança impetrado em 15/10/2019) bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Assim, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que, efetivamente, não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

- Destaque-se, ademais, que o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 11.665/08, estabelece que: *O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.*

- Nesse contexto, descabe se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

- As argumentações relativas aos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm o condão de infirmar o entendimento explicitado.

- Ainda que o prazo para desfecho do procedimento administrativo fosse de 90 (noventa dias), tal período já se esgotou.

- **Remessa oficial e apelo a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5030123-70.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

REQUERENTE: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIAS.A.

Advogados do(a) REQUERENTE: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A, NEWTON NEIVA DE FIGUEIREDO DOMINGUETI - SP180615-A

REQUERIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de pedido de tutela provisória de urgência, em caráter incidental ao mandado de segurança 5013390-62.2020.4.03.6100, para suspensão da exigibilidade de PIS/COFINS sobre receitas financeiras resultantes de investimentos compulsórios oriundos de reservas técnicas (PAF 16327.720237/2014-71, 16327.720236/2014-27 e 16327.720462/2016-70), mediante oferecimento de apólice de seguro garantia como contracautela de eventuais danos na pendência de julgamento de recurso de apelação à sentença denegatória da ordem.

Alegou que: (1) a base de cálculo do PIS/COFINS é o faturamento, que se refere às receitas decorrentes do exercício das atividades operacionais da empresa relativas à venda de mercadorias ou prestação de serviços; (2) a constituição e investimento no mercado de capitais de reservas técnicas não constitui atividade operacional das companhias seguradoras, decorrendo de exigência legal; (3) as receitas financeiras não configuram faturamento, pois não decorrem da venda de mercadorias ou prestação de serviços, mas de investimentos no mercado de capitais; (4) possível a concessão da tutela provisória de urgência, tendo em vista a presença da probabilidade do direito e perigo de dano, nos termos do artigo 299 e 300, CPC, bem como o oferecimento de apólice de seguro garantia como contracautela a eventuais danos; e (5) não é possível aguardar a distribuição do recurso de apelação para análise do pedido de tutela provisória, pois isto deve ocorrer, no mínimo, no início de 2021, impossibilitando a requerente de renovar certidão de regularidade fiscal, com risco de inscrição de débito em dívida ativa e ajuntamento de execução fiscal, com constrição de bens.

Preliminarmente intimada, a União manifestou-se contrariamente ao pedido de tutela provisória de urgência.

A tutela provisória de urgência foi indeferida, em 20/11/2020, sob fundamento de que “*as receitas financeiras decorrentes dos ativos garantidores das provisões técnicas classificam-se como receitas operacionais, específicas da operação de seguros, previdência e capitalização*” e, “*tratando-se de receita necessária à execução do objeto social da empresa, os valores integram o faturamento, base de cálculo das contribuições sociais*”. Ressaltou a decisão que “*não houve o oferecimento de garantia hábil à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a qual deve ser no montante integral, conforme preconizado no art. 151, II do CTN*”, e que “*para obtenção da suspensão da exigibilidade, a parte requerente deve efetuar o depósito do montante atualizado do débito, uma vez que o seguro bancário não se presta à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151 do CTN e do teor da Súmula 112/STJ*”. Enfatizou-se, ademais, que “*o seguro garantia ofertado não preencheu todos os requisitos da Portaria PGR 164/2014, sobretudo a cláusula 11, inciso IV da apólice apresentada, bem assim o artigo 10, I “a”, da referida Portaria, que trata da obrigação de a seguradora efetuar, em juízo, o depósito em dinheiro do valor segurado*”. Por fim, constou da decisão que “*não apresentou ainda a requerente certidão de regularidade da seguradora perante a SUSEP, tampouco informações sobre a apólice*” (Id 147360809, f. 01).

Contra tal decisão, a requerente opôs, em 02/12/2020, embargos de declaração, alegando omissão na decisão embargada, pois: (1) desconsiderou que, à luz do princípio da estrita legalidade, o oferecimento de seguro garantia não se submete a normas infralegais impostas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, não sendo assim possível condicionar sua aceitação aos requisitos da Portaria PGFN 164/2014; (2) não houve descumprimento do artigo 10, I, “a”, e artigo 11, IV, da Portaria PGFN 164/2014; e (3) a apólice identifica a seguradora, sendo possível, mediante consulta ao site da SUSEP, verificar a regularidade respectiva (Id 148540646, f. 01).

Em ato ordinatório de 22/12/2020, houve abertura de vista à União para manifestar-se sobre os embargos de declaração opostos (Id 150148182, f. 01).

Em 29/12/2020, a embargante requereu reanálise do requerimento de tutela provisória de urgência, em plantão judicial de recesso, tendo em vista que os autos somente devem retornar com manifestação da União após o período de recesso e, reiterando os fundamentos contidos nos embargos declaratórios, alegou que: (1) possui urgência na aceitação da apólice de seguro garantia como antecipação de futura ação executiva fiscal a fim de possibilitar a emissão de certidão de regularidade fiscal; e (2) a certidão positiva com efeitos de negativa detida possui validade apenas até 14/01/2021, sendo que necessita da renovação para participar de certame licitatório com abertura de propostas para os dias 04/01/2021 e 07/01/2021.

DECIDO.

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.

De fato, não se vislumbra risco de grave prejuízo ou de difícil reparação, a ensejar reanálise de pedido de tutela provisória, especialmente em plantão judicial de recesso, tendo em vista não incorrer em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1º da Resolução CNJ 71/2009 c/c artigo 1º, parágrafo único da Resolução CNJ 244/2016.

No caso, cabe apenas ressaltar que a certidão de regularidade fiscal detida pela requerente possui validade até 14/01/2021 (Id 150493820, f. 15), data posterior à alegada como sendo as de abertura das propostas nos certames que exigem habilitação fiscal mediante prova de regularidade perante a Fazenda Nacional, demonstrando, pois, inexistir urgência a demandar análise no período de recesso judiciário, podendo a medida ser apreciada pela relatoria do recurso, juiz natural para tal análise.

Por sua vez, cabe destacar que, nos termos do artigo 1º, § 1º, da Resolução CNJ 71/2009 c/c artigo 1º, parágrafo único da Resolução CNJ 244/201, “*O plantão judiciário não se destina à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantão anterior; nem à sua reconsideração ou reexame ou à apreciação de solicitação de prorrogação de autorização judicial para escuta telefônica*”.

Portanto, não se avistando o *periculum in mora* qualificado na espécie, **aguarde-se o retorno das atividades regulares da Corte, para apreciação do pleito pela relatoria originária do recurso.**

Publique-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA
em plantão judicial de recesso

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034095-48.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA, EBAZAR.COM.BR. LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: VINICIUS JUCA ALVES - SP206993-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: VINICIUS JUCA ALVES - SP206993-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

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 grave dano, de difícil ou impossível reparação ou reversão, a se concretizar ainda durante tal período.

No caso, pleiteou-se antecipação de tutela recursal para exclusão e abstenção de nova inscrição no CADIN, em relação aos débitos já pagos, garantidos judicialmente ou com decisão judicial suspendendo a exigibilidade, até o julgamento de mérito do agravo, nos termos da Lei 10.522/2002.

O Juízo *a quo* concedeu parcialmente a liminar, indeferindo em relação aos débitos discutidos em outras ações, ainda em trâmite.

Comefeito, trata-se de hipótese não abrangida pelo excepcional conhecimento no plantão judicial, cabendo ressaltar que a consulta ao SIAFI e a constatação da existência de pontamento no CADIN, em relação à ANVISA, ocorreram em 23/09/2020 face a inclusões feitas em 03/07/2007 e 13/04/2012, a evidenciar inexistente risco de dano irreparável no transcurso do recesso judicial.

Acresça-se que quanto aos débitos em que as garantias foram oferecidas em ações ordinárias e embargos à execução fiscal, em que se discute a validade da cobrança, a controvérsia encontra-se sob apreciação judicial nos respectivos autos, sendo o bastante para afastar o exame de tutela de urgência em cognição sumária, ante o risco de decisões contraditórias, litispendência e violação ao princípio do juiz natural.

Neste contexto, a apreciação do pedido deve ocorrer em tempo próprio, não se avistando *periculum in mora* qualificado na espécie para tutela em plantão judicial.

Aguarde-se o retorno das atividades regulares da Corte, para apreciação do pleito pela relatoria originária do recurso.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

em plantão judicial de recesso

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL (1710) Nº 5028063-27.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

IMPETRANTE: ILMARA DA SILVA CHAVES, LIAMARA DA SILVA CHAVES, ALIETE DA SILVA CHAVES

Advogado do(a) IMPETRANTE: HAROLDSON LOUREIRO ZATORRE - MS17275-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: HAROLDSON LOUREIRO ZATORRE - MS17275-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: HAROLDSON LOUREIRO ZATORRE - MS17275-A

IMPETRADO: OPERAÇÃO CAVOK, SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 29 de dezembro de 2020

Destinatário: IMPETRANTE: ILMARA DA SILVA CHAVES, LIAMARA DA SILVA CHAVES, ALIETE DA SILVA CHAVES

IMPETRADO: OPERAÇÃO CAVOK, SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 1ª VARA FEDERAL

O processo nº 5028063-27.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 22/02/2021 14:00:00

Local: Sessão de Julgamento da 5ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0001028-92.2017.4.03.6141

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

APELANTE: VALMIR CAMPOS DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: MARILIA DONATO - SP226196-A
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 04/01/2021 176/217

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 29 de dezembro de 2020

Destinatário: APELANTE: VALMIR CAMPOS DOS SANTOS
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

O processo nº 0001028-92.2017.4.03.6141 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 22/02/2021 14:00:00

Local: Sessão de Julgamento da 5ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0004424-87.2015.4.03.6128

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, NELSON FELIPE

Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO EICHEMBERGER - SP121985-A

APELADO: NELSON FELIPE, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

Advogado do(a) APELADO: ADRIANO EICHEMBERGER - SP121985-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 29 de dezembro de 2020

Destinatário: APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, NELSON FELIPE
APELADO: NELSON FELIPE, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

O processo nº 0004424-87.2015.4.03.6128 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 04/01/2021 177/217

julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 22/02/2021 14:00:00

Local: Sessão de Julgamento da 5ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000233-57.2019.4.03.6132

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

APELADO: GERSON SAVI

Advogado do(a) APELADO: PEDRO BRANDI NETO - SP170691-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 29 de dezembro de 2020

Destinatário: APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
APELADO: GERSON SAVI

O processo nº 5000233-57.2019.4.03.6132 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 22/02/2021 14:00:00

Local: Sessão de Julgamento da 5ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (426) Nº 5000880-94.2020.4.03.6139

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL- PR/SP

RECORRIDO: JUAREZ CANDIDO DO NASCIMENTO

DENUNCIADO: PAULO HENRIQUE DE SOUSA

Advogado do(a) RECORRIDO: RONALDO CAMILO - PR26216-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 29 de dezembro de 2020

Destinatário: RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
RECORRIDO: JUAREZ CANDIDO DO NASCIMENTO
DENUNCIADO: PAULO HENRIQUE DE SOUSA

O processo nº 5000880-94.2020.4.03.6139 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 22/02/2021 14:00:00

Local: Sessão de Julgamento da 5ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0005717-88.2019.4.03.6181

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE: ANDERSON DA SILVA CARVALHO

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

ABSOLVIDO: THIAGO MENEZES DE OLIVEIRA, RODRIGO DE CARVALHO FREITAS MACIEL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 29 de dezembro de 2020

Destinatário: APELANTE: ANDERSON DA SILVA CARVALHO

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

ABSOLVIDO: THIAGO MENEZES DE OLIVEIRA, RODRIGO DE CARVALHO FREITAS MACIEL

O processo nº 0005717-88.2019.4.03.6181 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem

julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 22/02/2021 14:00:00

Local: Sessão de Julgamento da 5ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 5001126-07.2020.4.03.6005

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE: ALIETE DA SILVA CHAVES, LIAMARA DA SILVA CHAVES, ARTUR DA COSTA MARTINS, ILMARA DA SILVA CHAVES

Advogados do(a) APELANTE: LUCAS CUNHA RAMOS - GO38029, EDMO DE ARAUJO FERREIRA BATISTA - GO40389

Advogados do(a) APELANTE: LUCAS CUNHA RAMOS - GO38029, EDMO DE ARAUJO FERREIRA BATISTA - GO40389

Advogados do(a) APELANTE: LUCAS CUNHA RAMOS - GO38029, EDMO DE ARAUJO FERREIRA BATISTA - GO40389

Advogados do(a) APELANTE: LUCAS CUNHA RAMOS - GO38029, EDMO DE ARAUJO FERREIRA BATISTA - GO40389

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, OPERAÇÃO CAVOK
INVESTIGADO: ILMAR DE SOUZA CHAVES

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 29 de dezembro de 2020

Destinatário: APELANTE: ALIETE DA SILVA CHAVES, LIAMARA DA SILVA CHAVES, ARTUR DA COSTA MARTINS, ILMARA DA SILVA CHAVES

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, OPERAÇÃO CAVOK

INVESTIGADO: ILMAR DE SOUZA CHAVES

O processo nº 5001126-07.2020.4.03.6005 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 22/02/2021 14:00:00

Local: Sessão de Julgamento da 5ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

SUBSECRETARIA DA 6ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034135-30.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: CARLISLE FLUID TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: ENIO ZAHA - SP123946-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-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.

No caso, pleiteia-se a antecipação de tutela recursal para levantamento do valor de R\$ 4.082,44, alegando-se bloqueio indevido na conta bancária da requerente pela não observância do causídico em relação ao qual deveriam ser dirigidas as intimações, bem como ausência de liquidez e certeza do título executivo.

Pelos próprios valores discutidos e pela superveniência do recesso judicial também em primeiro grau, tendo a decisão agravada determinado apenas o depósito em conta judicial à disposição do Juízo, sem que tenha havido ordem para imediata conversão em renda, é possível concluir que não há *periculum in mora* qualificado na espécie.

Aguarde-se o retorno das atividades regulares da Corte, para apreciação do pleito pelo relator originário do recurso.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

em plantão judicial de recesso

SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5034089-41.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: JOSE ANTONIO PURCINO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MURILO GURJAO SILVEIRA AITH - SP251190-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida na ação originária que deferiu somente em parte a tutela de urgência requerida, para determinar que o INSS se abstenha de proceder à cobrança dos valores recebidos pelo agravante, indeferindo o pedido, contudo, para o restabelecimento do benefício previdenciário.

O agravante ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com restabelecimento da aposentadoria por tempo de contribuição.

Narra que seu benefício previdenciário foi suspenso após apuração de irregularidades e indícios de inserção de informações fictícias no CNIS referentes às remunerações no período de 1.º/11/2007 a 31/4/2014 e 1.º/6/2014 a 31/8/2014.

Em sua defesa, afirma ter recebido pró-labore da empresa TSP2-Gestão de negócios Ltda.-ME, no valor de um salário mínimo, conforme documentos que anexou aos autos originários, e que desconhecia o lançamento de informações diferentes no CNIS.

Aduz que, se as irregularidades existiram, certo é que não lhes deu causa, sendo vítima do ato criminoso tanto quanto o INSS, não merecendo, portanto, ser responsabilizado por fato perpetrado por terceiro.

É o relatório.

O benefício de aposentadoria por tempo de contribuição concedido ao agravante foi selecionado para a revisão administrativa devido ao inquérito da Polícia Federal que deu origem à Operação Cronocinese, que apura a participação de advogados, contadores e servidores do INSS na prática de fraudes contra o sistema previdenciário.

O esquema consistia no cômputo extemporâneo de tempo de contribuição fictício para aposentadorias, o que era feito por meio da transmissão de GFIPs (guias de recolhimento do FGTS e de informações à Previdência Social) de empresas inativas.

Da fundamentação do relatório preliminar que deu base à decisão administrativa de suspensão do benefício previdenciário, extraem-se os seguintes trechos:

“7.2 Em que pese as supostas remunerações informadas no teto previdenciário, o que ensejaria a retenção do imposto de renda pela fonte pagadora, consta entrega de Declaração de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – DIRF – para o CNPJ da empresa apenas para os anos de 2007 a 2009 (houve informação de remuneração no teto para os anos de 2007 a 2014).

7.3 Os recolhimentos das contribuições previdenciárias informadas nas GFIPs devem ser efetuados em documento de arrecadação da Previdência, a Guia da Previdência Social – GPS. Efetuamos consulta no sistema DICFN – Divisão de Negócios Controle Financeiro – e verificamos que constam GPS pagas para a empresa em questão no período de 01/2008 a 01/2009 (houve informação de remuneração no teto para os anos de 11/2007 a 08/2014). Isso demonstra que as Guias extemporâneas foram enviadas, inserindo as informações de remuneração no CNIS, não havendo o pagamento correspondente das contribuições previdenciárias.

8. Quando o habitual e regular é informação de GFIP mês a mês no decorrer do tempo, nota-se que, no caso em questão, todas as GFIPs foram enviadas nos dias 28/10/2014, 29/10/2014, 31/10/2014 e 03/11/2014, com alto valor de remuneração, no teto previdenciário. Trata-se 06 anos e 10 meses de tempo de contribuição e de remunerações acrescentadas ao CNIS do(a) interessado(a), mediante a informação de GFIPs, transmitidas em 04 (quatro) dias.

8.1 Consta como responsável pelo envio das GFIPs extemporâneas e, conseqüentemente, inserção dos períodos e remunerações no CNIS, a empresa:

Tipo / Inscrição do Responsável CNPJ / 68277268000109

Nome do Responsável PCA CONSTRUCOES SERV COMLTDA

Nome de Contato ANTONIO CARLOS

Logradouro RUA DR JOSE HIGINO 380

Bairro ALTO DA MOOCA

Cidade SAO PAULO

E-mail SC18CASTRO@UOL.COM.BR

UF SP

CEP 03.189-040

Telefone de Contato (11) 2049-6232

9. As consultas associadas ao contexto de envio de GFIP extemporâneas em poucos dias; ausência de declarações obrigatórias como a retenção de imposto de renda na fonte; ausência de pagamento das contribuições previdenciárias; formam todo o contexto de simulação de período e remuneração e temos fortes indícios de que as GFIPs foram usadas para inserir informações extemporâneas no CNIS para viabilizar a concessão irregular da aposentadoria e com renda majorada.

(...)

11. Ao que parece, os recibos encartados em fls. 63 a 144 foram apresentados com a finalidade de cumprir a exigência normativa de comprovação da regularidade dos vários anos de remuneração, inserida extemporaneamente no CNIS.

11.1 Nestes recibos, nota-se que os formulários possuem impressão com mesma formatação e tipologia, o papel está limpo e liso, não havendo sinais do tempo, tais como, amarelamento, dobraduras ou amassados, apesar de o mais antigo referir-se à competência de 11/2007. Tais elementos são indícios de a documentação ter sido confeccionada extemporaneamente e assinada de uma só vez, com o intuito de dar sustentação à concessão indevida do benefício. Inclusive tem sido objeto de análise deste grupo de trabalho diversos requerimentos nos quais constam recibos idênticos aos juntados a este requerimento, ou seja, com mesma formatação, tipologia e impressão, apesar de referir-se à diferentes empresas.

12. Diante de todo o contexto mencionado, envio de anos de GFIP em poucos dias, ausência de entrega de declarações obrigatórias à Receita Federal, ausência de pagamento das GPSs, suspeita de simulação das remunerações informadas, entendemos que tais recibos, que possuem fortes indícios de serem ideologicamente falsos, são insuficientes para comprovar a regularidade das remunerações extemporâneas informadas para um período de 06 anos e 10 meses.

13. Destacamos que esse não é um caso isolado analisado pelo Monitoramento e identificamos as seguintes características comuns entre os benefícios analisados:

- apresentação de GFIPs extemporâneas, enviadas em datas próximas ao requerimento do benefício, informando vários anos de remuneração para contribuinte individual, prestador de serviço ou empresário;
- repetição das empresas que enviam as Guias;
- ausência de agendamento nos requerimentos;
- apresentação de documentação sem indícios de contemporaneidade;
- repetição dos procuradores que protocolam os benefícios;
- repetição dos servidores que formatam os benefícios.

13.1 Essas características estão de acordo com as investigações da Polícia Federal e demonstram a existência organizada de agentes para inserir períodos fictícios no CNIS possibilitando a concessão indevida de benefícios previdenciários.

13.2 Inclusive o procurador responsável por este requerimento – FABIO CICERO SCHOTT RIBEIRO (CPF nº 331.242.938-27) – tem sido recorrente em benefícios analisados por este grupo de trabalho, todos com as mesmas características de irregularidades.

14. Portanto, no presente benefício existem os seguintes indícios de irregularidades:

a) Inserção no CNIS de informações fictícias referentes as remunerações para o período 01/11/2007 a 31/08/2014 (06 anos e 10 meses de tempo), na categoria de contribuinte individual, referente a empresa TSP2 – GESTÃO DE NEGOCIOS LTDA – ME, CNPJ: 09.252.306/0001-00, inseridas mediante Guias de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIPs enviadas extemporaneamente pela empresa PCA CONSTRUCOES SERV COM LTDA, CNPJ: 68277268000109. Cômputo destes períodos e remunerações na aposentadoria, sem a devida comprovação.”

É possível concluir das informações constantes acima, ao menos em sede perfunctória, própria do presente momento, que o processo administrativo está devidamente fundamentado e instruído, havendo indícios suficientes de irregularidades a fundamentar a suspensão do pagamento do benefício.

Constata-se ainda que foi respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa, permitindo-se ao segurado que pudesse recolher material suficiente para a comprovação da regularidade de tudo que envolvia a empresa de que foi sócio e que deu condições a ele de contribuir como contribuinte individual, ônus do qual, ao que tudo indica, não se desincumbiu.

Se a regularidade não foi comprovada em sede administrativa, perante as autoridades que têm amplo conhecimento dos pormenores da operação da Polícia Federal e do *modus operandi* dos envolvidos, gozando os atos administrativos de presunção de legalidade e legitimidade, não se revela aconselhável que se tenha, desde já e em sede de tutela em ação judicial - na qual se pretende, precisamente, reverter a decisão administrativa -, o restabelecimento do benefício previdenciário.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal, mantendo a decisão recorrida em seus exatos termos.

Comunique-se o juízo *a quo*.

Ao agravado, para contrarrazões e, após, ao juiz natural, Relator por distribuição, para que se tenha o regular prosseguimento do feito.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

Therezinha Cazerta

Desembargadora Federal em Plantão Judiciário

SUBSECRETARIA DA 11ª TURMA

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5021008-25.2020.4.03.0000

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

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 04/01/2021 184/217

PACIENTE: DOUGLAS AGOLETTI COSTA

IMPETRANTE: ALEX SANDRO OCHSENDORF, RENAN DE LIMA CLARO, MAYARA GIL FONSECA, NICOLLE COSTA DO ESPIRITO SANTO

Advogados do(a) PACIENTE: NICOLLE COSTA DO ESPIRITO SANTO - SP365799-A, MAYARA GIL FONSECA - SP364786-A, ALEX SANDRO OCHSENDORF - SP162430-A, RENAN DE LIMA CLARO - SP223799-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 6ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) N° 5021008-25.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: DOUGLAS AGOLETTI COSTA

IMPETRANTE: ALEX SANDRO OCHSENDORF, RENAN DE LIMA CLARO, MAYARA GIL FONSECA, NICOLLE COSTA DO ESPIRITO SANTO

Advogados do(a) PACIENTE: NICOLLE COSTA DO ESPIRITO SANTO - SP365799, MAYARA GIL FONSECA - SP364786, ALEX SANDRO OCHSENDORF - SP162430, RENAN DE LIMA CLARO - SP223799-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 6ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ODESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Alex Sandro Ochsendorf e outros em favor de DOUGLAS AGOLETTI COSTA contra ato do r. Juízo Federal da 6ª Vara de Santos/SP, nos autos da Ação Penal nº 5006965-41.2019.4.03.6104.

Em suas razões, alega, em síntese: a) que o juízo impetrado indeferiu o interrogatório do paciente após o mesmo ter declarado que só responderia às perguntas de seu defensor, exercendo o seu direito de silêncio parcial às perguntas do Juízo e do MPF; b) afirma que foi requerida a anulação do feito por cerceamento de defesa em alegações finais, sobrevivendo sentença condenando o paciente à pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, pela prática dos crimes capitulados nos artigos 33, *caput*, e 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343, de 23.08.2006; c) o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa. Requer, liminarmente, seja sobrestado o andamento da ação penal nº 5006965-41.2019.4.03.6104 até a decisão final do presente *Writ*; no mérito, a concessão da ordem para anular o feito a partir do interrogatório do paciente.

A inicial veio acompanhada da documentação digitalizada (ID's 137942566, 137942744, 137942568, 137942576, 137942734, 137942736, 137942737, 137942738, 137942739 e 137942740).

Foi indeferida a medida liminar pleiteada (ID 138040575).

Apresentadas as informações da autoridade indigitada como coatora (ID 138628091 - Informação em Habeas Corpus), a Procuradoria Regional da República manifestou-se pela denegação da ordem (ID 138848064 - Parecer).

É o relatório.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) N° 5021008-25.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: DOUGLAS AGOLETTI COSTA

IMPETRANTE: ALEX SANDRO OCHSENDORF, RENAN DE LIMA CLARO, MAYARA GIL FONSECA, NICOLLE COSTA DO ESPIRITO SANTO

Advogados do(a) PACIENTE: NICOLLE COSTA DO ESPIRITO SANTO - SP365799, MAYARA GIL FONSECA - SP364786, ALEX SANDRO OCHSENDORF - SP162430, RENAN DE LIMA CLARO - SP223799-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 6ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Inicialmente, cabe ressaltar que mantenho o entendimento já esposado pela ocasião da apreciação da liminar, *in verbis*:

A ação de Habeas Corpus tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração primo ictu oculi da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e artigo 647 do Código de Processo Penal.

Sob essa ótica, cumpre analisar a presente impetração.

Afirma o impetrante a ocorrência de nulidade do processo por cerceamento de defesa, tendo em vista o indeferimento do interrogatório do paciente, que optou por responder somente às perguntas que fossem formuladas pelo seu defensor.

Extrai-se da presente impetração que em 28 de julho de 2020 foi proferida sentença condenando o réu, ora paciente, pela prática dos crimes capitulados nos artigos 33, caput, e 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de um trigésimo do valor do salário mínimo vigente ao tempo do crime, conforme transcrição que segue (ID137942568):

(...)

Cumpre consignar que contra sentenças definitivas de condenação ou absolvição, proferidas por juiz singular, cabe a interposição de Recurso de Apelação, nos termos do artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal.

Na esteira do atual entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, revela-se inadequada a impetração de Habeas Corpus originário perante este E. Tribunal, em substituição ao recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade da garantia constitucional, ressalvada, contudo, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Nessa diretriz, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido do não cabimento de Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio, conforme arestos assim ementados:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. Malgrado o Julgador de 1º grau tenha imposto a pena base no mínimo legal, sem que o Parquet tenha apelado quanto ao tema, o que justificou a manutenção do quantum de reprimenda em respeito à regra non reformatio in pejus, o paciente ostenta condenações que não configuram reincidência, mas que podem ser reconhecidas como maus antecedentes. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, conquanto não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. 5. Embora não se desconheça o teor da Súmula/STJ 269, não se infere manifesta ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, por se tratar de réu reincidente e que ostenta maus antecedentes. 6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes. 7. Writ não conhecido. ...EMEN:(HC 201601914250, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:12/12/2016..DTPB:.) (g.n.)

Na trilha desse entendimento, trago à colação arestos desta E. Décima Primeira Turma:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DOSIMETRIA DE PENA. NÃO CONHECIMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. I. O presente habeas corpus tem por objeto a revisão da dosimetria da pena aplicada ao paciente pela sentença proferida nos autos da ação penal de n. 2016.61.42.000750-4, notadamente (i) o afastamento da agravante da reincidência, nos termos do artigo 64, I, do CP; (ii) o reconhecimento da confissão espontânea; (iii) a aplicação do artigo 65, III, a e b, do CP; e (iv) a redução do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. II. A matéria suscitada neste writ é própria do recurso de apelação, o qual, frise-se, também foi manejado pela defesa do impetrante/paciente, consoante fls. 73 verso/81. Logo, de rigor o não conhecimento do habeas corpus, pois, conforme tem reiteradamente decidido esta C. Turma, pacificou-se o entendimento de que não é possível a utilização de habeas corpus como substitutivo de recursos próprios, máxime quando as questões trazidas pelo impetrante não são capazes de configurar manifesto constrangimento ilegal, pelo menos não ao ponto de excluírem a necessidade de um exame aprofundado de provas, próprio dos recursos de apelação. III. Habeas Corpus não conhecido. (HC 00036122820174030000, JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:21/11/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.) (g.n.)

(...)

Não se vislumbra, in casu, flagrante ilegalidade capaz de fundamentar a concessão da presente ordem.

Depreende-se do trecho da sentença supracitada, que a condenação do acusado ocorreu a despeito de seu silêncio no interrogatório. Nesse prisma, o decreto condenatório, nos termos em que fundamentados pelo Juízo sentenciante, mantém-se hígido, haja vista, o fato de existirem nos autos outros elementos que deram substrato ao decreto condenatório exarado pela autoridade apontada como coatora.

Por essas razões, em juízo de cognição sumária, não entrevejo, na espécie, a nulidade indicada pelo impetrante neste habeas corpus.

Ausentes os pressupostos autorizadores, INDEFIRO a liminar pleiteada.

A tais fundamentos, ora ratificados, somam-se os fundamentos que sustentam a improcedência da questão de fundo versada no presente writ, a seguir explanados.

A questão de direito controvertida nos autos objetiva visualizar a compleição do interrogatório judicial tal como manifestada na ordem jurídica pátria, sendo importante mencionar, de início, que a enunciação dos seus contornos definidores não significa mitigar a funcionalidade que pacificamente se lhe atribui enquanto instrumento da autodefesa, mas apenas descrever o instituto em sua plenitude.

A ampla defesa emerge como garantia constitucional do acusado no texto constitucional, consagrando-se no catálogo de direitos fundamentais do indivíduo expresso no artigo 5º, inc. LV, mas que deflui, contudo, do devido processo legal – o arcabouço estruturante do exercício da jurisdição através da participação equilibrada e justa dos sujeitos impactados pela decisão judicial.

Defender-se da acusação estatal é um preceito fundamentalmente posicionado e compreendido dentro do objetivo primordial do processo penal, que consiste em alcançar a paz social mediante a formulação da convicção judicial a respeito da imputação delitiva, de sorte que o direito de falar nos autos não constitui um fim em si mesmo, mas sim um mecanismo de participação destinado a legitimar o resultado útil que se persegue.

Com a experiência histórica forense, a conotação dos efeitos que poderiam advir da postura pessoal do acusado sofreu intensa lapidação. Originalmente, os artigos 185 e 186 do [Código](#) de Processo Penal rezavam que o acusado deveria submeter-se ao interrogatório, e que, conquanto não fosse obrigado a responder às perguntas do juiz, o seu silêncio poderia corroborar a convicção judicial de que incorrera na conduta denunciada, sustentando a própria condenação.

O efeito adverso do silêncio ao acusado, não sem razão, era bastante criticado por vulnerar o princípio geral do direito à não-autoincriminação, consagrado nas conhecidas fórmulas *nemi tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo) ou *privilege against self-incrimination* (privilégio da não autoincriminação), em decorrência do qual o acusado poderia permanecer em silêncio e isto não ser considerado em seu desfavor.

No plano do Direito Internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em São José da Costa Rica em 22.11.1969 e incorporada ao direito interno mediante o Decreto nº 678, de 06.11.1992, estabelece em seu art. 8º, 2, “g”, como garantia judicial de toda pessoa o *direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*.

Consigne-se, na linha do ora asseverado, que, especificamente no âmbito processual penal, o ato de interrogatório do acusado – erigido à categoria de meio de prova a partir da edição da Lei nº 10.792, de 01.12.2003 – mostra-se eminentemente pessoal no sentido de que cabe à autoridade judicial processante ouvi-lo e, a partir de suas considerações, acaso não haja a prevalência do direito constitucional ao silêncio (a Constituição Federal de 1988 conferiu especial proteção ao preso, em linha com a doutrina mais garantista, dispondo como cláusula pétrea enunciação nesse exato sentido: art. 5º, LXIII - *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*), compor o cenário fático subjacente no qual teria sido praticada – ou não – a infração penal.

Ressalte-se que a personalidade que fundamenta a realização do interrogatório referenda entendimento segundo o qual defeso mostra-se a realização de tal ato processual por meio de carta precatória, tendo o legislador previsto, para situações em que a princípio seria necessária a expedição de indicada carta, a possibilidade de realização do ato por meio de sistema de videoconferência (art. 185, § 2º, do CPP), tudo sempre visando preservar a interação pessoal entre autoridade judicante e acusado.

Adequando-se ao espírito do Constituinte, o Código Processual Penal passou a prever o instituto do interrogatório com a seguinte redação:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Finalmente, a Lei nº 11.719, de 20.06.2008, situou o interrogatório como o derradeiro ato instrutório, conforme previsto atualmente pelos artigos 400, *caput* (procedimento comum ordinário) e 531 (procedimento comum sumário), ambos do diploma processual penal. Ainda assim, entretanto, permanece reputando-o como ato de instrução, de prova.

Apesar da reforma garantista, o interrogatório subsiste vinculado a uma série de proposições destinadas a balizar o seu aproveitamento como prova, a propósito dos dispositivos do Código de Processo Penal ora colacionados:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre: (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

IV - as provas já apuradas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

Constatada a sua regência legal, resulta acertado dizer que, apesar de veicular a promoção da ampla defesa, o interrogatório sedimenta-se tecnicamente no processo como um meio de prova, pois quando o réu resolve exercitá-lo, o magistrado o depreende de acordo com certa ritualística, sempre segundo o devido processo legal, e com o escopo maior de viabilizar a influência do réu sobre o seu convencimento acerca dos fatos. Não se afigura apenas lícito, mas necessário, submeter ao contraditório o réu que venha a exercer a prerrogativa de autodefesa, razão pela qual a disciplina legal do instituto sob análise.

Tais considerações não ignoram as controvertidas posições erigidas acerca da natureza jurídica do interrogatório, sendo bem conhecidas as correntes doutrinárias que o contemplam primordialmente como meio de prova, meio de defesa, havendo ainda quem o enxergue sob ambos os matizes, meio de prova e meio de defesa.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, defende que o direito ao silêncio seria o selo que garante o interrogatório como meio de defesa, assegurando a liberdade de consciência ao acusado. No artigo francamente intitulado *O Interrogatório como Meio de Defesa: Lei n. 10.792/03* (originalmente publicado na *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. ja/ju 2005, p. 91-99, 2005), a douta professora afirma:

É certo que do interrogatório, voluntariamente prestado –rectius, das informações espontâneas do acusado, assegurada sua liberdade de consciência –, podem surgir elementos que constituam ‘fonte de prova’. Assim, a correta conceituação do interrogatório – em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro – é a de que constitui ele meio de defesa, que – se e conforme o acusado falar – pode eventualmente servir como fonte de prova. (Destaquei)

Com a devida vênia à opinião em contrário que grassou em parte da doutrina e da jurisprudência, as sucessivas reformas legislativas não descrevem um movimento pendular do instituto - de meio de prova para meio de defesa. A feição probatória do interrogatório não é alijada nem mesmo pela doutrina inclinada ao negacionismo. Ocorre que os diferentes enfoques mencionados não são mutuamente excludentes e não esgotam a realidade do instituto que pretendem descrever, de sorte que afirmar tratar-se o interrogatório simplesmente de meio de defesa, sendo por isso irrefreável, é uma compreensão reducionista e insustentável diante do próprio regime legal que subsiste mesmo posteriormente às reformas da legislação processual.

Observe-se, nesse sentido, o escólio de Guilherme Nucci (*Código de Processo Penal Comentado*, 16ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 483):

Note-se que o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo. (Destaquei)

Mesmo garantindo-se o silêncio ao réu em sua efetividade máxima, a evolução legislativa que se observou preserva a possibilidade de formulação de indagações tipicamente interessantes para os demais sujeitos processuais, com a ressalva de que o silêncio não deve ser interpretado em desfavor da própria defesa.

Uma vez deflagrado a partir da livre iniciativa do acusado, o interrogatório, pelo princípio da comunhão das provas, incorpora-se ao acervo probatório do processo, de forma a sofrer o influxo do contraditório, sendo papel do magistrado e do órgão acusador, questionar, confrontar, esclarecer, interpolar ou completar as falas do interrogando.

Neste diapasão, o direito do réu à exposição de sua versão dos fatos não corresponde a um discurso unilateral monolítico, mas ao exercício da fala propagada no palco dialógico e interativo do processo.

Não se trata, portanto, de instituto inteiramente defensivo, tampouco inteiramente probatório: é defesa e é prova. O calar deve ser escanteado da formação da convicção judicial, mas o falar compõe, com alto peso, inclusive, o acervo probatório, inexistindo a discricionariedade pura do direito ao silêncio.

Consequentemente, se o réu deseja oferecer a sua versão dos fatos, deve interagir com os demais sujeitos processuais, pois é este o método de aquisição de toda a prova judicial, natureza que o interrogatório não deixou de possuir em momento algum.

Deste modo, denota-se que mesmo com as alterações promovidas na disciplina legal do instituto sob análise, o interrogatório permanece sendo devidamente formatado à segurança de sua forma de produção e ao regime teleológico do processo, do qual o magistrado é o maior fiador.

A incorporação do artigo 3º-A no Código de Processo Penal, promovida pelo ‘Pacote Anticrime’ (Lei nº 13.964/2019), diversamente do que a sua leitura assistemática sugeriria, não tolhe do juiz todo tipo de participação na construção da prova, como a sua redação poderia sugerir, *in verbis*: *o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*

Não se confunda o sistema acusatório, pelo qual se atribui a órgãos diversos as funções de acusar, defender e julgar, com o papel diretivo do juiz na colheita das provas. A propósito, vale colacionar como essa importante distinção foi exprimida por Murilo Alan Volpi e Matheus Tauan Volpi, no artigo denominado *Sistema acusatório não veda a determinação de provas pelo juiz* (disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/volpi-volpi-sistema-acusatorio-juiz#author>, acessado em 18.08.2020):

Dessa forma, a determinação de produção de provas pelo juiz não é incompatível com o sistema acusatório, uma vez que o processo acusatório pode adotar tanto o adversarial system quanto o inquisitorial system (processo de desenvolvimento oficial). O que se veda é a substituição do órgão de acusação, o que não se verifica na determinação de produção de provas em pontos específicos reputados fundamentais para o completo esclarecimento dos fatos.

A efetivação do Direito material interessa à sociedade. Se a atividade jurisdicional tem por objetivo a manutenção integralidade do ordenamento jurídico, com vistas ao atingimento da paz social (função social do processo), deve o juiz adotar os esforços necessários para alcançá-lo. A concretização da função social do processo não é compatível com a figura do juiz inerte, passivo e refém das partes.

No sistema processual brasileiro, o magistrado permanece responsável pela condução efetiva do processo e da salutar reunião legítima das provas. Senão veja-se o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O magistrado, por presidir a instrução probatória, possui especial relevo na apreciação do direito ao silêncio, ao aferir prudencialmente se a mudez estratégica do réu, intercalada com uma ou outra resposta, revelando uma ou outra circunstância que lhe possa interessar, não pode vir eventualmente a prejudicar a validação do interrogatório como meio de prova justamente coligido.

A prestabilidade do interrogatório é dimensionada, em última análise, pelo juiz, e sendo fundamentada a sua impressão de que o calar preordenado prejudica a inteligência das assertivas seletivas lançadas pelo réu, pode, ainda que excepcionalmente, concluir pela inaptidão de o interrogatório compor o conjunto probatório.

No caso da presente impetração, o Juízo Federal da 6ª Vara de Santos/SP, nos autos da Ação Penal nº 5006965-41.2019.4.03.6104, foi apontado como autoridade coatora por supostamente incorrer em cerceamento de defesa, indeferindo o interrogatório do ora paciente Douglas Agoletti Costa após ele ter declarado, na condição de réu, que só responderia às perguntas de seu advogado. A propósito, veja-se o excerto ora colacionado da sentença objurgada:

Em audiência o Réu DOUGLAS AGOLETTI COSTA afirmou a priori, de forma sumária e genérica que somente responderia às perguntas formuladas por seu advogado. O Réu ainda declarou que 'eu vou responder as perguntas pelo meu advogado, tenho a instrução com ele'. Não há, entretanto, previsão legal (Arts. 185 e segs., CPP) ou constitucional (CF, Art. 133) para que a defesa proceda à instrução processual. E assim é em razão da oficialidade do ato, uma das garantias primordiais do acusado em processo penal. De se ver que a própria garantia ao (direito ao) silêncio apenas terá alguma razão de ser; caso as perguntas sejam formuladas pela autoridade investida para o ato estatal (o/a Juiz no caso em análise), segundo a dinâmica dos fatos e a dialética processual, pois, caso contrário, de onde o interesse em negar qualquer resposta? Direito ao silêncio para que, portanto? A recusa prévia, genérica e peremptória em se dirigir ao Juízo, ao Ministério Público e aos demais advogados, manifestada em audiência pelo Réu, a inviabilização de sua comunicação sem interferências, diretamente com o Juízo, e sua livre manifestação de vontade nesse sentido, deixaram claro que desejava ser ouvido somente pelo causídico. Dessa forma, a natureza do ato convolou-se em privada, posto que aos demais sujeitos do processo manietou-se o direito ao contraditório, ao exame cruzado, às formulações livres de perguntas; ao escrutínio, pelo Réu, de cada uma das questões ao tempo e modo em que são realizadas, etc., etc. – na dialética viva e dinâmica que é o processo. Desprovidos de função, todos passaríamos apenas a ser testemunhas passivas, de que exatamente? A defesa realizando 'a instrução', impondo o silêncio aos agentes públicos e aos advogados dos corréus, e onerando a estrutura estatal. Ainda, ato esse desprovido de contraditório, posto que a palavra dos demais sujeitos do processo foi sumariamente silenciada, em nome do 'direito ao silêncio'. Assim, considerou-se suficiente que DOUGLAS AGOLETTI COSTA por si, ou através de seu advogado, fizesse uma declaração por escrito e assinasse, nela constando/fazendo constar suas razões. Fica, pois, rejeitada a preliminar.

De fato, o interrogatório judicial do acusado, como visto acima, não se coaduna com o poder de consignar sumária e genericamente que somente responderia às perguntas formuladas por seu advogado, recusando-se prévia e absolutamente a qualquer dialeticidade.

Como bem afirmou o magistrado ora apontado como autoridade coatora, elevar à categoria de interrogatório um ato infenso a qualquer manifestação ou interferência convertê-lo-ia em atuação meramente privada, alijando os demais atores processuais (juiz, órgão acusatório e defensores de corréus), uma vez que estes estariam reduzidos a meros espectadores de um discurso fechado e privado, às custas do tempo e da estrutura estatal, o que acabaria por lhe retirar as marcas da oficialidade, da legalidade e do contraditório. A necessária interação pessoal entre magistrado e acusado estaria ausente, bem como as balizas trazidas pelo art. 188 do CPP estariam desatendidas.

Na forma pretendida pelo paciente, o interrogatório estaria convolado numa manifestação insulada sem a possibilidade de confronto com o que viesse a externar (retirando-lhe, portanto, a credibilidade). Ao pretender suprimir a possibilidade de cotejo do que ele próprio viesse a verbalizar, o acusado transformaria o ato do interrogatório numa mera chancela de seus intentos em desrespeito à norma processual.

O direito ao silêncio, repise-se, não pode ser maculado em hipótese alguma. A opção por calar-se não pode trazer qualquer repercussão negativa à defesa do réu. Todavia, ampla defesa difere de arbítrio, de modo que, ao abrir mão do direito ao silêncio, o réu deve se submeter ao rito processual do interrogatório e não estabelecer unilateralmente a forma como o ato processual deva ser conduzido.

In casu, ainda que fosse promovido na forma oral, o discurso unilateral, como pretendido no ato de seu interrogatório, não assumiria a valia de uma prova legitimamente construída. A credibilidade de sua versão, sem a possibilidade de confronto pela atuação do juiz, do órgão ministerial e da defesa de corréus, não poderia ser aquilatada, já que optou por eleger seu defensor como único a lhe formular perguntas.

Não existe direito de deturpar o ato do interrogatório na forma pretendida pelo ora paciente, cujo equivalente, aliás, bem oportunizou a autoridade judicial ao facultar-lhe a formulação de declaração escrita e assinada. Ao assim agir, a autoridade apontada como coatora nada mais fez do que acolher o intento do réu, eis que facultou a apresentação por escrito de suas razões, recebendo, assim, a devida consideração, de modo que não há que se cogitar em qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa.

Dessa forma, não se vislumbra flagrante ilegalidade ou abuso de poder no caso em tela.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, DENEGO a ordem de Habeas Corpus.

É o voto.

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO: Esse é um caso diferente e merece uma reflexão.

Assisti ao interrogatório feito pela juíza da 6ª Vara Federal de Santos. Li atentamente todas as manifestações dos impetrantes, as informações, o parecer do Ministério Público Federal e, especialmente, o voto do eminente Relator, a quem cumprimento pela profundidade.

Aqui ocorre o seguinte: **não podemos perder de vista a situação concreta posta nos autos.**

Não se trata propriamente de discussão ou de vedação do direito ao silêncio. O direito ao silêncio é consagrado, é uma garantia constitucional do processo para o acusado e é obrigação, mais do que dever, que se garanta o direito ao silêncio nos interrogatórios.

Fui juiz de primeiro grau por muitos anos, em matéria criminal, e sempre, mesmo antes da reforma da lei processual, quando foi alterado o art. 186 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.792, de 01.12.2003, eu já fazia valer o direito ao silêncio, sempre dizendo expressamente ao acusado que o seu silêncio não implicaria confissão nem importaria prejuízo à sua defesa. Isso é fundamental que o juiz diga expressamente ao acusado que vai ser interrogado.

No caso, a situação fugiu do que é natural porque não houve o exercício do silêncio parcial, como falou o eminente advogado na tribuna. Aqui está claro que havia uma estratégia da defesa de levar a condução do interrogatório para o defensor.

Não me parece que essa estratégia se coadune com os princípios do processo e com a ética processual que deve prevalecer no procedimento.

Sempre disse aos acusados que interrogava que aquele era um momento da defesa. Nesse ponto, tenho uma leve discordância de fundamento em relação ao eminente Relator no que toca à natureza do interrogatório, se é meio de prova ou meio de defesa. Pela nossa legislação, o interrogatório é as duas coisas, mas fundamentalmente, no meu entender, dentro de um sistema acusatório, ele é, para o acusado, mais um meio de defesa do que de prova.

Eu também sempre disse aos réus que interrogava que o interrogatório é o momento em que é possível a autodefesa, a defesa direta, ou seja, o momento em que o acusado poderia conversar com o juiz diretamente, sem a interferência ou a interveniência de quem quer que fosse.

No momento em que há o diálogo entre o juiz e o interrogando, o órgão do Ministério Público não fala, o defensor não fala.

Eventualmente, em alguma situação que possa extrapolar a normalidade, o defensor pode intervir - e mesmo o órgão do Ministério Público - para garantir a ampla defesa do interrogado ou a regularidade do procedimento. Mas fundamentalmente é um ato em que há um diálogo entre o juiz e o acusado. É o momento em que o acusado vai dar sua versão dos fatos. Se não quiser dar a sua versão e não quiser responder às perguntas do juiz, ele fica em silêncio, exerce o seu direito ao silêncio e disso nada pode ser extraído em seu prejuízo.

Quanto às perguntas das partes, não há um (re)interrogatório. Isso eu também sempre deixei claro, sempre foi o entendimento.

As reperguntas, isto é, as perguntas feitas ao interrogado pelo órgão do Ministério Público, pelo assistente da acusação, pelos defensores de corréus e pelo defensor do acusado, não são perguntas novas, sobre fatos não tratados pelo réu em seu interrogatório, mas perguntas relativas a dúvidas que decorrem do próprio depoimento do réu. É o que está expresso no art. 188 do Código de Processo Penal, que transcrevo:

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

“Após proceder ao interrogatório”, ou seja, para que os demais possam perguntar, o juiz tem que ter procedido ao interrogatório, “o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido”.

“Se restou algum fato para ser esclarecido”. Restou do quê? Daquilo que foi dito pelo acusado ao dar a sua versão dos fatos e ter respondido às perguntas do juiz.

Se nada foi dito, o que há para esclarecer?

Nada!

Se o réu diz “eu exerço o meu direito de ficar em silêncio”, perfeito. O juiz registra, podendo até deixar registradas as perguntas que não foram respondidas, sem que isso implique crime de abuso de autoridade - que está previsto no art. 15, parágrafo único, da Lei de Abuso de Autoridade, porque isso, deixe-se claro, não é insistência no interrogatório. O juiz consigna aquilo que gostaria de saber, de perguntar, para o seu esclarecimento.

A parte final do art. 188 diz “formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

O que significa isso? Que, nesse momento, as perguntas não são formuladas diretamente ao acusado pelas partes, **mas pelo juiz**. Aqui não há a mesma regra que existe para a inquirição das testemunhas (CPP, art. 212).

Para as testemunhas, as partes formulam diretamente as perguntas, podendo o juiz não admitir as que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (CPP, art. 212, caput), cabendo ao juiz formular perguntas **complementares**, sobre pontos não esclarecidos (CPP, art. 212, parágrafo único).

No interrogatório, as perguntas são formuladas pelo juiz porque, afinal, o interrogatório é **ato do juiz** (e para o juiz), cabendo às partes formular perguntas complementares, **por intermédio do juiz**, se este as entender **pertinentes e relevantes**.

Com efeito, deve-se ter em mente também o seguinte: se, além de meio de defesa (que o acusado exerce diretamente perante o juiz), o interrogatório é também meio de prova, é de indagar-se para quem é destinada essa prova.

Quem é o destinatário da prova? Quem precisa ser instruído? É a defesa? É a acusação?

Obviamente que não. É o juiz.

O juiz é quem precisa ser instruído para poder fazer o seu julgamento e, por isso, ele é o destinatário da prova.

Se o acusado exerce o seu direito ao silêncio (total ou parcial), disso não se pode inferir nada. O juiz não pode tirar nada do silêncio do acusado; nada que o prejudique; nada.

Contudo, aquilo que o acusado fala será considerado pelo juiz na sua valoração do conjunto probatório e como meio de defesa direta.

Assim, volto ao ponto. **Após ter interrogado o acusado**, o juiz indaga das partes se restou algo a ser esclarecido em função daquilo que tenha sido dito pelo acusado.

Se o acusado exerce o seu direito ao silêncio, não há o que ser indagado pelas partes.

No caso concreto em exame, e por isso repito que não se pode perder a perspectiva do caso concreto que se tem para decidir, **houve uma clara tentativa de se desvirtuar a garantia do acusado ao silêncio para distorcer o processo penal** e levar a condução do interrogatório para o defensor, como um ato exclusivo do defensor (mais até do que da defesa).

Não se pode confundir as coisas: uma coisa é o exercício do direito ao silêncio; outra coisa é tentar usar um direito, uma garantia fundamental para distorcer o processo penal e forçar a condução do interrogatório como ato exclusivo do defensor.

Observo, ademais, que, a seguir a linha de raciocínio dos impetrantes, no caso de existência de corréus, poderiam ser negadas as perguntas a outros corréus, à defesa de outros corréus.

Isso tudo não é correto!

Não é essa a ideia do direito ao silêncio, como conquista dos direitos humanos, como, aliás, bem destacou o eminente Relator em seu voto.

Não se pode levar a condução do interrogatório para o defensor porque, como já disse acima, o ato de interrogar é do juiz.

Aliás, talvez o interrogatório seja o momento principal do processo, sob a perspectiva da defesa, já que é o momento em que o réu pode dialogar. Por isso, quando fui juiz de primeiro grau, sempre fiz questão de fazer os interrogatórios e achava um contrassenso a defesa pedir que o interrogatório fosse feito por carta precatória.

Quem é o melhor juiz para ouvir o acusado?

É um juiz que eventualmente não tem interesse no feito porque não é dele ou o juiz que vai julgar o acusado?

Então, a estratégia de defesa, neste caso, não encontra respaldo na lei.

Cada defesa tem a sua estratégia e deve ser respeitada, mas ela tem limites dentro da legalidade.

No caso em exame, houve extrapolação, houve excesso. No exercício de um pretense direito (o de conduzir o interrogatório), a defesa excedeu-se. Não é assim.

Como eu disse no início, assisti atentamente ao interrogatório. Por isso, registro que, se eu fosse o juiz da causa, teria agido de outra maneira. Contudo, a juíza é soberana naquele momento; agiu de uma forma que, ainda que eu não ache a melhor, do ponto de vista de urbanidade, não extrapolou a legalidade, e o que interessa aqui, para o julgamento deste habeas corpus, é o cumprimento estrito da Constituição e da lei.

No momento em que o acusado disse que só responderia às perguntas do seu defensor e a juíza falou “*então o senhor está exercendo o seu direito de silêncio total*” - em resumo o que se colocou foi isso -, e ele reiterou, orientado pelo seu defensor, “*eu só vou responder ao que for perguntado pelo meu defensor*”, então ela compreendeu; entendeu que aquilo era uma manifestação clara, concreta de exercício do direito total ao silêncio e, sendo assim, realmente não haveria o que ser esclarecido.

De outro lado, se a juíza tivesse agido pela forma como pretendida pela defesa no caso concreto, quando se chegasse às perguntas formuladas pela defesa desse acusado (o paciente, no caso), seria reaberta a possibilidade para o juiz intervir e formular perguntas.

Ou não?

É claro que sim.

E então?

O ato do interrogatório é de fundamental importância para a defesa, mas não dá ao defensor o direito de, usando desse argumento, conduzir o interrogatório.

Em tese - não digo neste caso, mas em tese -, esse tipo de estratégia pode até não ser benéfica para a própria defesa, na medida em que se perde uma oportunidade para esclarecer os fatos, para se formularem perguntas, para o acusado, com suas próprias palavras, seu próprio livre pensamento, exercer a sua própria defesa, dando a sua versão dos fatos.

Neste caso, refleti bastante.

Em relação ao interrogatório, existem dúvidas até quanto se existe o direito ao silêncio na sua primeira parte (*quanto às perguntas sobre a pessoa do acusado*), pois essa primeira parte é relevante para o juiz na elaboração de eventual sentença condenatória (CP, art. 59), mas em relação à segunda parte (*sobre os fatos e a imputação*) não há dúvida.

Quanto à qualificação, antes do interrogatório, também não há dúvida: o direito ao silêncio não existe.

Neste caso concreto, não podemos perder de vista a situação concreta que aconteceu, o que ocorreu naquela audiência.

Na audiência, a estratégia utilizada pela defesa, em meu entender, não se coaduna com aquilo que se espera de uma atuação dentro do processo penal. Por isso, a atitude da juíza - de compreensão como direito ao silêncio total e, portanto, que não haveria nada a ser esclarecido na segunda parte do interrogatório - é possível dentro desse contexto e não foi ilegal, não gerando a nulidade do interrogatório.

Outras questões que envolvam a causa serão, evidentemente, examinadas em eventual recurso de apelação.

Por esses motivos, acompanho o eminente relator e DENEGO A ORDEM.

É o voto.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5021008-25.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: DOUGLAS AGOLETTI COSTA

IMPETRANTE: ALEX SANDRO OCHSENDORF, RENAN DE LIMA CLARO, MAYARA GIL FONSECA, NICOLLE COSTA DO ESPIRITO SANTO

Advogados do(a) PACIENTE: NICOLLE COSTA DO ESPIRITO SANTO - SP365799-A, MAYARA GIL FONSECA - SP364786-A, ALEX SANDRO OCHSENDORF - SP162430-A, RENAN DE LIMA CLARO - SP223799-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 6ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Pedi vista dos autos para melhor analisar o contexto fático específico em que se deu o ato acoimado como ilegal, especialmente tendo-se em vista a alegação de uma potencial lesão (ou um potencial cerceamento) ao (ou do) direito à não autoincriminação, direito fundamental insculpido no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição da República.

Após refletir com detença acerca do tema, entendo assistir razão aos eminentes pares, a quem acompanho na denegação da ordem, acrescentando os breves apontamentos que seguem.

Em primeiro lugar, assento a premissa de que, a meu ver, o interrogatório constitui ato fundamentalmente vocacionado ao exercício discursivo da defesa, vale dizer, da narrativa do réu acerca de si mesmo e de tudo que envolva as imputações em seu desfavor vertidas, sendo essa sua natureza nuclear e função precípua. Certamente, como todo elemento oral colhido ao longo da instrução, tem ele, também, natureza de elemento probatório, mas disso não se pode extrair que partilhe do mesmo regime geral das provas.

Essa desequiparação se dá justamente na medida em que não se trata de mera prova requerida pela defesa, mas de ato cuja oferta ao réu – oferta porque cabe a este definir se se utilizará ou não dessa faculdade - constitui elemento nuclear da ideia de devido processo legal substantivo, e que está umbilicalmente ligado ao direito à não autoincriminação. Devido a isso, tem-se posicionamento amplamente majoritário na jurisprudência (a começar pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal) e na doutrina no sentido de ser possível ao réu não apenas silenciar totalmente (comparecendo ou não à audiência, ao seu alvitre), mas também silenciar parcialmente, na medida do que lhe pareça conveniente ao longo da dinâmica da inquirição. É dizer: o réu, no exercício de seu direito fundamental e indisponível à autodefesa e à não autoincriminação, pode (i) não comparecer à audiência de instrução e julgamento, (ii) comparecer mas exercer direito integral ao silêncio, sem que qualquer consequência negativa disso decorra, (iii) preferir a prática do interrogatório, mas se recusar a responder parte das perguntas formuladas, na medida do que entender conveniente ou oportuno. Não há que se falar, especificamente quanto a isso, em desequilíbrio. O que há é efetiva discricionariedade do réu no manejo de sua narrativa; obviamente, eventuais lacunas discursivas, inconsistências graves ou inverossimilhanças serão devidamente ponderadas na valoração da dimensão probante do interrogatório, podendo tornar seu valor probatório relativo ou reduzido. Mas disso não exsurge que o réu não possa adotar esse proceder em sua autodefesa, justamente em virtude do direito constitucional à não autoincriminação, o qual, em sua densidade normativa e como verdadeira conquista da civilização, alberga todas essas alternativas como mecanismos potenciais da defesa.

Ocorre que o caso concreto revela situação em que não se trata propriamente de nenhuma dessas alternativas. Não se teve, no ato capitaneado pela defesa e exercido pelo réu, tentativa de silêncio parcial, ou seja, de declinar de responder a parte das perguntas por não entender oportuno ou conveniente fazê-lo. Se disso se tratasse, ter-se-ia caso de concessão da ordem e nulidade do ato jurisdicional. O que se deu não foi tentativa de manejo das possibilidades defensivas de interrogatório, mas a busca por um desvirtuamento do regramento básico do instituto do interrogatório, o que não está abarcado pelas opções de como proceder com relação a esse ato.

Conforme exposto com precisão pelos e. Des. Federais Fausto De Sanctis e Nino Toldo, o que a defesa tentou foi uma exclusão *prima facie* da possibilidade de formular questões ao réu, tanto por parte do Juízo como do Ministério Público e das defesas de corréus. Friso: não uma negativa de responder a perguntas, mas uma rejeição abstrata e de pronto à mera formulação delas, com o anúncio de que o acusado apenas responderia às perguntas formuladas por seu advogado.

No entanto, como bem apontado pelo e. Des. Fed. Nino Toldo, o Código de Processo Penal é expresso ao disciplinar o interrogatório, cuja condução cabe exatamente ao Juízo, na condução de destinatário da prova e sujeito imparcial a quem incumbe formular perguntas – várias delas previstas na própria lei processual penal, nos incisos do art. 187, § 2º, do CPP – e dirigir toda a dinâmica do ato.

O que a defesa do acusado buscou fazer implicaria verdadeiro fracionamento da condução da audiência, porquanto um de seus atos mais relevantes, o interrogatório, passaria a ser conduzido e dirigido pelo defensor. A ideia não encontra guarida no ordenamento pátrio, que claramente estabelece os Magistrados como condutores do ato de interrogatório, seja por serem os presidentes das audiências e sujeitos imparciais do processo, seja por se tratar dos destinatários principais de todas as provas.

Concluo. Não se teve, aqui, tentativa de silêncio parcial, mas sim de subversão procedimental. Não houve uma interrupção do interrogatório após o réu se recusar a responder parte das perguntas formuladas (o que, repiso, é seu direito constitucionalmente assegurado). Houve o indeferimento de um pedido para que o “interrogatório” se convertesse em um exclusivo diálogo entre o defensor e o acusado; porém, isso equivale a descaracterizar o próprio instituto, que tem em sua estrutura normativa medular o órgão jurisdicional condutor da audiência, cuja participação central – como formulador das perguntas previstas em lei e condutor da própria dinâmica do ato, dialógica e de intervenção potencial dos demais partícipes da audiência – é inerente à própria natureza jurídica do ato como interrogatório em nosso ordenamento, a teor dos arts. 185 a 187 do Código de Processo Penal. A participação dos defensores (quanto a perguntas) e da acusação no ato, bem o salientou o e. Des. Fed. Nino Toldo, é que encontra caráter complementar, do que dá demonstração a dicção do art. 188 do Código de Processo Penal, o qual prevê a possibilidade de perguntas, autorizadas pelo Magistrado “após proceder ao interrogatório”. Sem condução pelo órgão jurisdicional, não se tem interrogatório judicial em sentido jurídico; por conseguinte, não houve lesão a direitos fundamentais do réu, mas o indeferimento de um pedido de alteração não prevista em lei e que alteraria a própria compleição do interrogatório como categoria jurídica, o que não se relaciona com os direitos fundamentais ao silêncio (total ou parcial) e à não autoincriminação.

De resto, em se tratando de busca por ato puramente unilateral, sem a participação dos demais sujeitos do processo (e principalmente do Magistrado condutor do feito), nada impediria a juntada de declarações escritas, contendo a versão do réu acerca dos fatos na forma que entenda apropriado, o que inclusive foi facultado expressamente pela autoridade de primeiro grau (vídeo da parte final da audiência no ID 137942737).

Por essas razões, além dos fundamentos expostos nos substanciosos votos dos Magistrados que me antecederam, entendo inexistir ilegalidade no ato da Juíza de primeiro grau quanto ao indeferimento do “interrogatório” na forma como pretendia a defesa do acusado, o que conduziu à rejeição do pedido veiculado neste *writ*.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DO INTERROGATÓRIO DO PACIENTE, APÓS ESTE TER DECLARADO QUE SÓ RESPONDERIA ÀS PERGUNTAS DE SEU DEFENSOR, RECUSANDO-SE PREVIAMENTE A RESPONDER QUALQUER OUTRO QUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE ABUSO DE PODER. ATO PROCESSUAL QUE DEVE SER MANTIDO. ORDEM DENEGADA.

- Inadequação da impetração à luz de que contra Sentenças Definitivas cabe Apelação Criminal, Entendimento dos Tribunais Superiores.

- Ainda que superado o descabimento da impetração, mostra-se improcedente a questão de fundo ventilada no *writt*, concernente à possibilidade de o interrogado responder perguntas apenas da Defesa, recusando-se a responder a qualquer outro questionamento.

- Defender-se da acusação estatal é um preceito fundamentalmente posicionado e compreendido dentro do objetivo primordial do processo penal, que consiste em alcançar a paz social mediante a formulação da convicção judicial a respeito da imputação delitiva, de sorte que o direito de falar nos autos não constitui um fim em si mesmo, mas sim um mecanismo de participação destinado a legitimar o resultado útil que se persegue.

- Apesar da reforma legislativa que situou o interrogatório como o derradeiro ato instrutório, o interrogatório subsiste vinculado a uma série de proposições destinadas a balizar o seu aproveitamento como prova, a propósito dos dispositivos do Código de Processo Penal constantes dos arts. 187 a 190. Constatada a sua regência legal, resulta acertado dizer que, apesar de veicular a promoção da ampla defesa, o interrogatório sedimenta-se tecnicamente no processo como um meio de prova, pois quando o réu resolve exercitá-lo, o magistrado o depreende de acordo com certa ritualística, sempre segundo o devido processo legal, e com o escopo maior de viabilizar a influência do réu sobre o seu convencimento acerca dos fatos. Não se afigura apenas lícito, mas necessário, submeter ao contraditório o réu que venha a exercer a prerrogativa de autodefesa, razão pela qual a disciplina legal do instituto sob análise.

- Com a devida vênia à opinião em contrário que grassou em parte da doutrina e da jurisprudência, as sucessivas reformas legislativas não descrevem um movimento pendular do instituto - de meio de prova para meio de defesa. A feição probatória do interrogatório não é alijada nem mesmo pela doutrina inclinada ao negacionismo. Ocorre que os diferentes enfoques mencionados não são mutuamente excludentes e não esgotam a realidade do instituto que pretendem descrever, de sorte que afirmar tratar-se o interrogatório simplesmente de meio de defesa, sendo por isso irrefreável, é uma compreensão reducionista e insustentável diante do próprio regime legal que subsiste mesmo posteriormente às reformas da legislação processual.

- Uma vez deflagrado a partir da livre iniciativa do acusado, o interrogatório, pelo princípio da comunhão das provas, incorpora-se ao acervo probatório do processo, de forma a sofrer o influxo do contraditório, sendo papel do magistrado e do órgão acusador, questionar, confrontar, esclarecer, interpolar ou completar as falas do interrogando. Consequentemente, se o réu deseja oferecer a sua versão dos fatos, deve interagir com os demais sujeitos processuais, pois é este o método de aquisição de toda a prova judicial, natureza que o interrogatório não deixou de possuir em momento algum.

- Deste modo, denota-se que mesmo com as alterações promovidas na disciplina legal do instituto sob análise, o interrogatório permanece sendo devidamente formatado à segurança de sua forma de produção e ao regime teleológico do processo, do qual o magistrado é o maior fiador. No sistema processual brasileiro, o magistrado permanece responsável pela condução efetiva do processo e da salutar reunião legítima das provas. Senão veja-se o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal.

- Por oportuno, não se confunda o sistema acusatório, pelo qual se atribui a órgãos diversos as funções de acusar, defender e julgar, com o papel diretivo do juiz na colheita das provas. No sistema processual brasileiro, o magistrado permanece responsável pela condução efetiva do processo e da salutar reunião legítima das provas, a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal.

- A prestabilidade do interrogatório é dimensionada, em última análise, pelo juiz, e sendo fundamentada a sua impressão de que o calar preordenado prejudica a inteligência das assertivas seletivas lançadas pelo réu, pode, ainda que excepcionalmente, concluir pela inaptidão de o interrogatório compor o conjunto probatório.

- Como bem afirmou o magistrado ora apontado como autoridade coatora, elevar à categoria de interrogatório um ato infenso a qualquer manifestação ou interferência convertê-lo-ia em atuação meramente privada, alijando os demais atores processuais (juiz, órgão acusatório e defensores de corréus), uma vez que estes estariam reduzidos a meros espectadores de um discurso fechado e privado, às custas do tempo e da estrutura estatal, o que acabaria por lhe retirar as marcas da oficialidade, da legalidade e do contraditório. A necessária interação pessoal entre magistrado e acusado estaria ausente, bem como as balizas trazidas pelo art. 188 do CPP estariam desatendidas.

- Na forma pretendida pelo paciente, o interrogatório estaria convolado numa manifestação insulada sem a possibilidade de confronto com o que viesse a externar (retirando-lhe, portanto, a credibilidade). Ao pretender suprimir a possibilidade de cotejo do que ele próprio viesse a verbalizar, o acusado transformaria o ato do interrogatório numa mera chancela de seus intentos em desrespeito à norma processual. O direito ao silêncio, repise-se, não pode ser maculado em hipótese alguma. A opção por calar-se não pode trazer qualquer repercussão negativa à defesa do réu. Todavia, ampla defesa difere de arbítrio, de modo que, ao abrir mão do direito ao silêncio, o réu deve se submeter ao rito processual do interrogatório e não estabelecer unilateralmente a forma como o ato processual deva ser conduzido.

- *In casu*, ainda que fosse promovido na forma oral, o discurso unilateral, como pretendido no ato de seu interrogatório, não assumiria a valia de uma prova legitimamente construída. A credibilidade de sua versão, sem a possibilidade de confronto pela atuação do juiz, do órgão ministerial e da defesa de corréus, não poderia ser aquilatada, já que optou por eleger seu defensor como único a lhe formular perguntas.

- Não existe direito de deturpar o ato do interrogatório na forma pretendida pelo ora paciente, cujo equivalente, aliás, bem oportunizou a autoridade judicial ao facultar-lhe a formulação de declaração escrita e assinada. Ao assim agir, a autoridade apontada como coatora nada mais fez do que acolher o intento do réu, eis que facultou a apresentação por escrito de suas razões, recebendo, assim, a devida consideração, de modo que não há que se cogitar em qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa.

- Dessa forma, não se vislumbra flagrante ilegalidade ou abuso de poder no caso em tela, devendo subsistir o ato processual impugnado. Permanecendo inteiramente válidos os fundamentos que ensejaram o indeferimento da liminar. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5034114-54.2020.4.03.0000

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

IMPETRANTE E PACIENTE: JEANDSON SANTOS DO NASCIMENTO

Advogados do(a) IMPETRANTE E PACIENTE: BIANCA FLOR PEREIRA - SP388047-A, SUELANY EMANUELLE CARDOSO - SP381335-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de pedido de reconsideração em face da decisão que indeferiu o pedido liminar, nos autos do *Habeas Corpus* n. 5034114-54.2020.4.03.0000, impetrado por Suelany Emanuelle Cardoso em favor de JEANDSON SANTOS DO NASCIMENTO, na data de ontem (28/12/2020), em plantão judicial.

A defesa do impetrante junta novos documentos, consistentes em: (i) matéria jornalística que retrata a superlotação no sistema carcerário (ID 150450760); (ii) prontuário médico do paciente (ID 150450761) e, ao final, requer seja concedida a medida liminar, em caráter excepcional, em razão da pandemia do novo coronavírus e da fragilidade de sua saúde, a liberdade provisória ou prisão domiciliar do paciente.

É, em suma, quanto há a relatar. Passo a decidir.

Como já dito, 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 n.º 141/17 da Presidência desta Corte, serão apreciados durante o plantão de fim de semana e feriado somente os feitos urgentes, desde que demonstrada a possibilidade de ocorrer o perecimento do direito no período.

A competência do magistrado plantonista também está prevista no art. 1º da Resolução CNJ 71 de 2009, 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 n.º 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 n.º 326, de 26.6.2020)

II – medida liminar em dissídio coletivo de greve; (Redação dada pela Resolução n.º 326, de 26.6.2020)

III – comunicações de prisão em flagrante; (Redação dada pela Resolução n.º 326, de 26.6.2020)

IV – apreciação dos pedidos de concessão de liberdade provisória; (Redação dada pela Resolução n.º 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 n.º 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)

§ 1º O plantão judiciário não se destina à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantão anterior; nem à sua reconsideração ou reexame ou à apreciação de solicitação de prorrogação de autorização judicial para escuta telefônica. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

§ 2º As medidas de comprovada urgência que tenham por objeto o depósito de importância em dinheiro ou valores só poderão ser ordenadas por escrito pela autoridade judiciárias competente e só serão executadas ou efetivadas durante o expediente bancário normal, por intermédio de servidor credenciado do juízo ou de outra autoridade, por expressa e justificada delegação do juiz. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

§ 3º Durante o plantão, não serão apreciados pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores nem liberação de bens apreendidos. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

Como se extrai das referidas disposições, não é possível a análise do pedido de reconsideração, em sede de plantão judiciário.

Repita-se, uma vez mais, que as matérias a serem analisadas em sede de plantão judiciário devem obedecer à imprescindibilidade de apreciação da questão, quando desarrazoado e desproporcional o aguardo da providência a ser apreciada pelo Juiz Natural.

Portanto, não cabe ao Juízo plantonista substituir-se ao Juízo Natural, mas apenas adotar, uma vez constatada a plausibilidade jurídica, medidas que resguardem direitos e evitem o seu perecimento, até que possa o juiz natural apreciá-las como devido.

Além disso, a decisão que indeferiu o pedido de concessão da medida liminar foi devidamente fundamentada, *in verbis*:

“No caso concreto, o ato apontado como coator pela impetrante (decisão que negou a concessão de liberdade provisória ao paciente, mantendo-o em prisão cautelar) é datada de 06 de abril de 2020 (ID 150403533), não se tratando, pois, de ato ocorrido em momento imediatamente recente, mas, bem ao contrário, há mais de oito meses, o que denota a ausência de imediatidade temporal e nexó de urgência entre o provimento guerreado e o writ por meio do qual se o combate, do que deflui claramente a ausência de hipótese em que deva haver decisão concessiva sob regime de plantão.

Registro, ademais, inexistir fato novo de alta relevância que tenha ocasionado alteração substancial no quadro fático e jurídico relativo ao paciente desde que exarada a decisão combatida, salvo a prolação de sentença em seu desfavor (o que não diminui, por óbvio, a necessidade de seu recolhimento preventivo, e sim reforça o fumus comissi delicti que ampara a cautelar extrema). De resto, a condenação de primeiro grau foi proferida ainda em maio do corrente ano, estando também distante temporalmente do momento da impetração, o que torna injustificável o pedido de concessão de provimento liminar em regime de plantão.

Ainda que assim não fosse, inexistem elementos que permitam a soltura imediata do paciente. Os argumentos lançados com relação ao conjunto probatório da ação principal não apenas se confundem com o mérito da impetração (o que, por si, não autorizaria a concessão da decisão inicial pleiteada), mas pretendem ingresso no mérito da própria ação penal principal. Seja pelo escape aos estreitos limites da ação constitucional de habeas corpus (na qual não se admite dilação probatória ou revolvimento profundo de conjunto probatório de uma ação principal), seja pelo aparente uso do writ como sucedâneo recursal (o que igual não se admite em nosso ordenamento), não há fumus boni iuris a lastrear o pedido; inviável, por conseguinte, a concessão da decisão requerida. Anoto que esta Corte já denegou ordens pleiteadas em favor do paciente com relação aos autos principais em duas oportunidades (HCs 5022226-26.25.2019.4.03.0000 e 5007051-54.2020.4.03.0000, ambos de relatoria do e. Des. Fed. Fausto De Sanctis).

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. O paciente tem quarenta e cinco anos de idade; tampouco se noticiou de maneira fundamentada ser ele portador de comorbidades agravantes da doença em grau severo.

Saliento, neste ponto, que o déficit crônico de vagas em estabelecimentos de detenção provisória, embora relevante, não permite a soltura (ou impede a determinação de prisão) de acusados nos casos em que a cautelar extrema precise ser decretada, preenchidos seus requisitos e pressupostos e presente sua necessidade concreta. Dessa feita, aqueles que se insiram nesses requisitos e não se incluem em risco concreto e sensivelmente superior à média da população no que tange à Covid-19 não têm sua prisão impedida pelo ordenamento pátrio. Já a existência de surto de contaminação deve ser demonstrada com relação ao próprio estabelecimento em questão, bem como a insuficiência das medidas sanitárias adotadas pelas autoridades administrativas, o que não se tem nesta impetração (na qual há menções ao centro de detenção provisória – CDP - II de Pinheiros-São Paulo, e não ao CDP III de Pinheiros-São Paulo, onde a impetrante informa estar retido o paciente). Ausente comprovação firme nesse sentido, e presentes - em cognição sumária - elementos justificadores da manutenção da prisão preventiva, não cabe sua revogação imediata.

Por fim, não demonstrada a imprescindibilidade imediata do paciente aos cuidados dos filhos menores, não cabe a soltura imediata apenas sob esse prisma, porquanto não demonstrada a necessidade premente de sua presença para os cuidados básicos dos menores.

Ante o exposto, INDEFIRO o pleito de concessão de provimento liminar.”

Ademais, os documentos ora juntados pela defesa do paciente (i) matéria jornalística que retrata a superlotação do estabelecimento prisional e (ii) prontuário médico antigo, não alteram o quadro fático e jurídico relativo ao paciente, sobretudo, desde que exarada a decisão que se pretende reconsiderar.

Isso porque, como já dito, infelizmente o déficit crônico de vagas em estabelecimentos de detenção provisória, embora relevante, não permite a soltura (ou impede a determinação de prisão) de acusados nos casos em que a cautelar extrema precise ser decretada, preenchidos seus requisitos e pressupostos e presente sua necessidade concreta.

Da mesma forma, verifica-se que o prontuário médico juntado pela defesa não é atual, ou seja, de sua leitura, depreende-se que as datas de atendimento do paciente, nele retratadas, são pretéritas (23/02/2019, 27/03/2019 e 27/04/2019) e, portanto, não justificam a subtração da análise do caso pelo Juízo Natural. Inclusive, repita-se, esta Corte já denegou ordens pleiteadas em favor do paciente com relação aos autos principais em duas oportunidades (HCs 5022226-26.25.2019.4.03.0000 e 5007051-54.2020.4.03.0000, ambos de relatoria do e. Des. Fed. Fausto De Sanctis).

Ante o exposto, INDEFIRO o pleito de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) N° 5034092-93.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: ARLINDO JOSE BEZERRA DA SILVA

IMPETRANTE: LUIS CARLOS DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PACIENTE: LUIS CARLOS DE OLIVEIRA - SP404154

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Luis Carlos de Oliveira, em favor de ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA, contra ato do Juízo Federal da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP (autos originários n. 5006048-048.2020.4.03.6181), objetivando a revogação da prisão preventiva do paciente e, subsidiariamente, sua substituição por medidas cautelares diversas da prisão (ID 150207754).

Em 25/11/2020, o Juízo Federal de origem decretou a prisão preventiva do paciente e outros investigados no âmbito da 2ª fase da “Operação Urutau”, visando à colheita de elementos de provas para o IPL 0071/2019-13 SR/PF/SP, que foi instaurado, em 05/07/2019 para apurar as responsabilidades criminais remanescentes de outros autores de crimes ambientais que não foram contemplados pela primeira fase da investigação, consolidada nos autos do IPL n. 002/2018/DELEMAPH/SR/PF/SP, com fundamento na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal (ID 42400175).

Em 04/12/2020, o paciente foi recebido preso por agente da polícia federal no âmbito da DREX/SR/PF/SP (ID 42921467), tendo o Juízo Federal *a quo* indeferido na mesma data pedido de revogação de sua prisão preventiva ou substituição por medidas cautelares diversas da prisão formulado em audiência de custódia realizada na mesma ocasião (ID 42933704) acerca do cumprimento do respectivo mandado de prisão preventiva (ID 43026073), com fundamento na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal (ID 42947378).

Em 18/12/2020, o Juízo Federal de origem indeferiu pedido de liberdade provisória formulado pela defesa do paciente, mantendo sua prisão preventiva porquanto necessária à conveniência da instrução criminal, bem como para a garantia da ordem pública, frente ao risco concreto de sua eventual reiteração delitiva, à míngua de qualquer alteração substancial no quadro fático relativo ao paciente (ID 43573381).

Em 14/12/2020, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia (ID 43415895) contra o paciente e outros 15 (quinze) corréus, particularmente pela prática dos delitos previstos nos artigos 29, *caput* e § 1º, III, e 32, ambos da Lei 9.605/98 (guarda e tráfico ilícito de animais silvestres e maus tratos), e ainda nos artigos 132, 180, §§ 1º e 2º, e 188, todos do Código Penal (crime de perigo para vida ou saúde de outrem, receptação qualificada e associação criminosa), que veio a ser recebida pelo Juízo Federal da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, em 18/12/2020, no âmbito da Ação Penal n. 5001452-55.2019.4.03.6181 (ID 43514312), consoante consulta processual realizada no sítio eletrônico do PJE - Justiça Federal da 3ª Região - 1º grau.

Consta desta impetração que o paciente se encontra custodiado no Centro de Detenção Provisória Pinheiros IV, após cumprimento de mandados de prisão preventiva e busca e apreensão, no dia 04/12/2020, em sua própria residência no Município de Diadema/SP, onde foram apreendidos em seu poder “alguns pássaros” silvestres (lavrado o respectivo Termo Circunstanciado n. 0001/2020-13/SR/PF/SP pela prática dos delitos previstos nos artigos 29, §1º, III, e 32, ambos da Lei 9.605/98 - ID 150207767), como desdobramento da investigação denominada Operação Urutau (inicialmente deflagrada em 24/05/2019 no bojo dos IPL n. 002/2018/DELEMAPH/SP), tendo a autoridade policial lhe atribuído a conduta de venda massiva de animais silvestres (papagaios), assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes, bem como de associação criminosa com outro investigado, além da eventual prática de crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer n. 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP (ID 150207761).

Segundo o impetrante, realizada audiência de custódia em 04/12/2020, foram indeferidos os pedidos de revogação de prisão preventiva do paciente e de sua substituição por medidas cautelares alternativas (ID 150207768). Na sequência, a Defensoria Pública da União ingressou com pedido de liberdade provisória em favor do paciente (ID 150207769), que, após parecer desfavorável do Ministério Público Federal (ID 150207770), veio a ser indeferido pelo Juízo Federal de origem, em 18/12/2020, ficando mantida na oportunidade sua prisão preventiva, como necessária para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal (ID 150207771), o que a seu ver configuraria constrangimento ilegal na liberdade do paciente, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, na forma do artigo 5º, *caput*, LVII, LXVI, da Constituição Federal, e do artigo 312 do Código de Processo Penal. Aduz que no caso concreto foram apreendidos na casa do paciente cerca de 20 pássaros, número este que, apesar de não ser insignificante, não seria suficiente para causar danos irreparáveis ao meio ambiente, tampouco sendo notável a gravidade ou repercussão social dos delitos por inegável desequilíbrio ecológico causado, ausentes os requisitos legais para manutenção da prisão preventiva do paciente (medida excepcional), independentemente de futura apuração da prática criminosa investigada.

Ademais, pugna ainda pela concessão de medidas cautelares alternativas ao paciente, com fundamento no artigo 8º, § 1º, “c”, da Recomendação n. 62/2020, visando reduzir os riscos epidemiológicos decorrentes da pandemia da covid-19, haja vista se tratar de crime, em tese, praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, não existindo *in caso* aparente gravidade ou perigo com a eventual soltura do paciente, que desde 08/06/2018 exerce atividade laborativa na empresa Welden Artefatos de Metais Ltda, conforme CTPS e respectiva declaração de trabalho acostadas aos autos, possuindo, portanto, meios lícitos para seu sustento próprio e de sua família (casado com Maria das Dores de Brito e com endereço fixo em Diadema/SP), de tal sorte que, em sendo colocado em liberdade provisória, com possível aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, o paciente alegadamente não voltaria a delinquir.

Requer o deferimento do pedido liminar, a fim de que seja imediatamente concedida a liberdade provisória ao paciente (autos originários n. 5006048-048.2020.4.03.6181), com expedição do respectivo alvará de soltura, e, ao final, pretende a concessão definitiva da ordem de *habeas corpus*, à míngua de fundamentação idônea para a manutenção de sua prisão preventiva.

Foram juntados documentos (ID's 150207756, 150207757, 50207758, 150207759, 150207760, 150207762, 150207761, 150207772, 150207767, 150207768, 150207769, 150207770 e 150207771).

É o relatório.

DECIDO.

No caso dos autos, a decisão que, em 25/11/2020, decretou a prisão preventiva do paciente e de vários outros investigados no âmbito da 2ª fase da “Operação Urutau”, visando à colheita de elementos de provas para o IPL 0071/2019-13 SR/PF/SP, que foi instaurado, em 05/07/2019 para apurar as responsabilidades criminais remanescentes de outros autores de crimes ambientais que não foram contemplados pela primeira fase da investigação, consolidada nos autos do IPL n. 002/2018/DELEMAPH/SR/PF/SP, foi assim fundamentada (ID 42400175, grifos nossos):

Trata-se de representação da Autoridade Policial, por meio do Ofício nº 30/2020-DELEMAPH/DRCOR/SR/PF/SP (IDs 42079342 e 42079345), para decretos de prisões preventivas, autorização judicial para realização de buscas e apreensões domiciliares, quebra de sigilo de dados com autorização judicial para exame de conteúdo de mídia dos aparelhos celulares que forem apreendidos e sequestro de bens móveis (apreensões de veículos automotores), para instruir o Inquérito Policial nº 5001452-55.2019.4.03.6181 (IPL nº 71/2019-DELEMAPH/SP). O Ministério Público Federal manifestou-se pelo acolhimento integral da representação policial. É o relatório. Examinados. Fundamento e Decido. A Autoridade Policial aponta os seguintes crimes investigados: Crime ambiental contra a fauna: caça de animais silvestres (artigo 29, caput, da Lei nº 9.605/98); Crime ambiental contra a fauna: comercialização de animais silvestres (artigo 29, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.605/98); Crime ambiental de maus tratos (artigo 32 da Lei nº 9.605/98); Receptação qualificada (artigo 180, § 1º, do Código Penal); Perigo para a vida ou a saúde de outrem (artigo 132 do Código Penal) – conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF; Associação Criminosa (artigo 288 do Código Penal); Falsificação de documento público (artigo 297 do Código Penal); Falsificação de selo ou sinal público (artigo 296 do Código Penal); Falsidade ideológica (artigo 299 do Código Penal). Trata-se de 2ª fase da investigação denominada “Operação Urutau”, visando à colheita de elementos de provas para o IPL 0071/2019-13 SR/PF/SP, que foi instaurado, em 05/07/2019 para apurar as responsabilidades criminais remanescentes de outros autores de crimes ambientais que não foram contemplados pela primeira fase da investigação, consolidada nos autos do IPL nº 002/2018/DELEMAPH/SR/PF/SP. A presente representação traz anexos elementos de prova colhidos dos autos nº 5002818-32.2019.4.03.6181 (representação para interceptação telefônica). Compulsando os autos nº 5002818-32.2019.4.03.6181, pode-se verificar que todas as decisões proferidas por este Juízo, autorizando as interceptações telefônicas, foram devidamente fundamentadas. Passo, então, a rememorar os fatos apurados desde a primeira representação policial, conforme se observa dos anexos que instruem o presente feito. Extrai-se dos autos nº 5002818-32.2019.4.03.6181 que, no ano de 2018, a Delegacia de Repressão a Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Histórico reuniu diversos dados de investigação sobre tráfico de animais silvestres e descobriu a existência de associações criminosas construídas e desenvolvidas ao longo de décadas, especializadas na mercancia ilícita de espécimes da fauna. A atual investigação se iniciou a partir do compartilhamento, autorizado por este Juízo, de informações da primeira fase da Operação Urutau, tendo em vista dados cadastrais de aparelhos telefônicos utilizados pelos investigados e o cruzamento de dados de conteúdo de arquivos de dados extraídos de aparelhos celulares apreendidos. Nesta investigação, Operação Urutau 2, houve, até o presente momento, 04 (quatro) períodos de interceptações telefônicas, ao longo dos quais a Autoridade Policial pôde identificar 14 (quatorze) pessoas envolvidas nos crimes investigados, qualificadas no Ofício nº 30/2020-DELEMAPH/DRCOR/SR/PF/SP (IDs 42079342 e 42079345). Constam da representação policial as seguintes espécies da fauna silvestre ameaçadas de extinção que estão sendo objeto de tráfico: Arajuba (Guaruba guarouba); Arara-azul grande (Anodorhynchus hyacinthinus); Arara-vermelha-grande (Ara chloropterus); Arara-canindé (Ara araruna); Macaco-prego (Sapajus sp); Jabuti-piranga (Chelonoidis carbonaria); Tucano-toco (Ramphastos toco); Jacaré (CROCODYLIA sp.); Sagui-de-tufos-brancos (Callithrix jacchus); Saira-pintor (Tangara fastuosa); Pixarro/Trinca-ferro (Saltator similis); Pássaro-preto (Gnorimopsar chopi); Galo-de-campina (Paroaria dominicana); Uirapuru-laranja (Pipra fasciicauda); Cardeal-amarelo (Gubernatrix cristata); Corrupião (Icterus jamacaii); Azulão (Cyanoloxia brissonil); Pixoxó (Sporophila frontalis); Papagaio-verdadeiro (Amazona aestiva). A Autoridade Policial informa também os seguintes atos normativos que tratam das espécies da fauna silvestre ameaçadas de extinção: 1. Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, mais conhecida como Convenção CITES, firmada em Washington, em 3 de março de 1973, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 54/1975, promulgada pelo Decreto nº 76.623/1975 e implementada através do Decreto 3.607/2000; 2. Portaria nº 444 do Ministro de Estado do Meio Ambiente, de 17.12.2014, que estabelece a Lista Nacional Oficial de Espécies da Fauna Ameaçadas de Extinção; 3. Decreto nº 63.853 de 27.11.2018 do Estado de São Paulo – declara as espécies da fauna silvestre no Estado de São Paulo regionalmente extintas, as ameaçadas de extinção, as quase ameaçadas e as com dados insuficientes para avaliação, e dá providências correlatas. Quanto às provas documentais e materiais (corpo de delito) das infrações penais investigadas, a Autoridade Policial apresenta as seguintes: Apreensão de 02 (duas) Araras-vermelhas, nome científico Ara chloroptera, que foram vendidas pelo investigado Roberto Augusto Martinez Filho, “Zé do Bode” — vide Boletim de Ocorrência Ambiental n. 18122019003895 (cópia anexa); Apreensão de 02 (duas) iguanas vendidos por Roberto Augusto Martinez Filho, “Zé do Bode” — vide IPL n. 77-2019/DELEMAPH/SP e Parecer Técnico n. 011/2019-NUCRIM/SETEC — extraído do IPL 77/2019/DELEMAPH-SP (cópia anexa); Exposição à venda, em mídia social Facebook, de Arara Canindé (Ara araruna) e Arara-vermelha (Ara chloropterus), no endereço eletrônico <https://www.facebook.com/marcio.fernandes.5454/videos/2893607000650631> (vide mídia anexa ao Auto Circunstanciado n. 001/2020); Exposição à venda, em mídia social Facebook, por Roberto Augusto Martinez Filho, “Zé do Bode”, de diversos

animais, incluindo as espécies *Cardeal-amarelo* (*Gubernatrix cristata*) e *Saira-pintor* (*Tangara fastuosa*), consideradas, respectivamente, CRITICAMENTE EM PERIGO (CR) e VULNERÁVEL (VU), segundo Lista Nacional Oficial de Espécies da Fauna Ameaçadas de Extinção (Portaria 444/14-MMA) — vide informação de polícia judiciária n. 1159119/2020, de 05/11/2020 (fls.985/988); Apreensão de 30 (trinta) aves silvestres na residência de SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, em 30/01/2020, incluindo 02 (duas) ararajubas (*Guaruba guarouba*), espécie considerada VULNERÁVEL conforme "Lista Nacional Oficial de Espécies da Fauna Ameaçadas de Extinção" - vide Termo Circunstanciado 900003/2020, da Delegacia de Meio Ambiente de Diadema; Apreensão de 160 (cento e sessenta) filhotes de papagaios verdadeiros (*Amazona aestiva*) e um filho de arara-vermelha (*Ara chloropterus*), na data de 20/09/2020, no município de Pongá, SP, com ERONIDES ELISIÁRIO PAES DE LIRA (vulgo ZÉ DO PÃO), MATEUS LEONARDO FRANCA LIRA e SIDNEY OLIVEIRA SANTOS) (BO 4599/2020, da Central de Polícia Judiciária de Lins, SP); Apreensão de 165 (cento e sessenta e cinco) espécimes de papagaios verdadeiro (*Amazona aestiva*) e 01 (uma) arara-vermelha-grande (*Ara chloropterus*), na data de 18/10/2020, no município de Campinas, SP, em poder de ERONIDES ELISIÁRIO PAES DE LIRA (vulgo ZÉ DO PÃO) e de SIDNEY OLIVEIRA SANTOS. Quanto a crime de Perigo para a vida ou a saúde de outrem (artigo 132 do Código Penal), a Autoridade Policial, em contato com a Médica Veterinária Dra. Juliana Summa, da Secretaria do Verde e do Meio Ambiente do Município de São Paulo, obteve informação de que "teriam sido detectados nos últimos 05 (cinco) anos casos de zoonoses e bactérias em animais silvestres com transmissões a seres humanos, dentre as quais o Circovírus, Bonavirus e Herpevírus, bem como bactérias, que teriam levado à eutanásia de alguns animais silvestres. Constando, ainda, a hipótese de pacientes humanos infectados que teriam sido encaminhados para fins de tratamento ao Instituto de Infectologia Emílio Ribas em São Paulo". A Autoridade Policial esclarece como a mercancia de animais silvestres é apta a transmitir aos seres humanos zoonoses aviárias, viroses e bactérias, destacando-se as seguintes informações a partir do parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP (ID 42081962, páginas 1-19 do PDF), conforme segue transcritas da representação policial: "Psitacose ou Ornitose, causada pela bactéria intracelular *Chlamydia psittaci* (antes *Chlamydophila psittaci*), é doença infecciosa que acomete aves e mamíferos, incluindo os seres humanos, sendo uma das principais zoonoses transmitidas por aves. A maioria dos casos de transmissão aos seres humanos ocorre em decorrência do contato com aves em cativeiro; há registros de epidemia humana com pneumonia em 100 casos em 1929 em Córdoba/Argentina decorrente da importação de papagaios brasileiros; há registros de 27 (vinte e sete) casos de infecção humana no Rio Grande do Sul, em 2007; a infecção em seres humanos requer hospitalização em 87% dos casos com letalidade de 1% em pacientes submetidos a medidas terapêuticas e 25% em pacientes não tratados; trata-se de doença altamente contagiosa; há registro de 11 (onze) casos de Psitacose em aves apreendidas no CRAS-Anhanguera nos últimos 03 (três) anos; há registro científico de infecção dessa bactéria numa médica veterinária com desenvolvimento de pneumonia e 07 (sete) pessoas de uma mesma família as quais foram submetidas a medidas terapêuticas no Hospital Emílio Ribas; exsurge, pois, a conclusão hialina de que não se trata apenas de perigo abstrato, mas sim de perigo concreto. Síndrome da Dilatação Pró-ventricular dos Psitacídeos, causada por um Bornavírus (vírus com cadeia negativa de RNA não segmentado, com alto tropismo pelo sistema nervoso central e periférico); embora haja poucos relatos de casos, todos eles no exterior; há suspeitas de que essa doença possa ser uma zoonose, causando meningocefalite em humanos; nos últimos 03 (três) anos foram confirmados 09 (nove) casos de infecção em aves; há relatos de casos de transmissão de Bornavírus aviário para humanos causando meningoencefalite. Trata-se, pois, de hipótese de perigo concreto. Doença do Bico e das Penas dos Psitacídeos - DBPP, causada por um Circovírus; não se trata de uma zoonose e não se tem conhecimento de casos de transmissão a seres humanos; no CRAS-Anhanguera constam registros, nos últimos 03 anos, de 39 (trinta e nove) casos desse circovírus; trata-se, pois, para dizer o menos, que se trata de hipótese de perigo abstrato. Doença de Pacheco, causada por um Herpesvírus; não se trata de uma zoonose, não havendo relatos de casos de sua transmissão para humanos; no CRAS Anhanguera, nos últimos 03 anos, foram confirmados 46 (quarenta e seis) casos dessa doença em aves; trata-se, pois, para dizer o menos, que se trata de hipótese de perigo abstrato." A Autoridade Policial esclarece também que "segundo estudos científicos, o desmatamento e a comercialização de animais silvestres são considerados fatores de risco para novas zoonoses", e indica recente publicação científica no site <https://science.sciencemag.org/content/369/6502/379>, tratando "sobre a repercussão do comércio de animais selvagens e o risco de zoonoses consequentes à demanda de animais silvestres, que leva traficantes a coletá-los na natureza para posterior venda em mercados urbanos e rurais. Esse contato de animais silvestres, vivos ou mortos, com caçadores, comerciantes, consumidores, bem assim com todas as pessoas envolvidas nessa cadeia de mercancia só aumenta o risco de zoonoses, o que merece mais atenção nestes tempos de pandemia do SARS-Cov-2 causador da COVID-19". Conforme relata a Autoridade Policial, durante a investigação foram constatadas apreensões de centenas de animais silvestres, tais como papagaios verdadeiros e araras, constituindo prova da materialidade delitiva. Ademais, colheram-se indícios de atividade criminosa praticada de forma habitual e mediante associação criminosa. As individualizações de condutas, com base em abundantes elementos de prova compreendidos nos autos, foram minuciosamente descritas em relação a cada um dos investigados na representação policial, conforme abaixo resumido, com transcrições da representação policial: 1. ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, vulgo "Zé do Bode": Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação com o sentenciado Jorge Pedro da Silva, vulgo "Pernambuco" (condenado na Operação Urutau) — vide fls. 04/anexo e Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019 — venda de arara, ararajuba e primata; vide Informação de Polícia Judiciária nº 046/2019 (fls.09), fls.103/107; - Associação com o investigado Samuel Rodrigues dos Santos na venda de animais silvestres (vide fls. 05 e Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019, e fls.42); - Associação com o investigado Felipe Benassi (cf. Informação UADIP 46/2019, de 05.07.2019). Consta que o investigado teria exposto à venda, em mídia social (Facebook), espécimes da fauna silvestre (papagaios, tartarugas, oraras, cobras, primatas) sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, assim agindo no exercício de atividade comercial, coisa que sabe ser produto de crime, conforme consta da Informação de Polícia Judiciária nº 46/2019, com imagens de mídia (fls.11/41, fls.62, fls. 65, fls. 72/74, fls. 79/80) — com alusão a grupo do Facebook identificado como "Feira do Rolo do Zé do Bode", divisoando-se valores de venda que no total alcançariam o valor de R\$ 38.000,00. Consta que o investigado teria vendido 02 (duas)

araras, posteriormente apreendidas em poder de terceiros na data de 18/12/2019, na cidade de Piracicaba/SP (Márcio Rodrigo Fernandes), assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes, conforme consta dos documentos acostados a fls. 261 e fls. 270/275 e documentos acostados a fls. 401/417 (cópias do BOPAmb N. 181.22019003895 e do Auto de Infração Ambiental nº 20191218003895-1, onde consta, expressamente, a delação do investigado Roberto Augusto Martinez Filho ("Zé do Bode") a fls.404 — versão do envolvido). Consta que o investigado teria vendido 02 (duas) iguanas (objeto de indiciamento nos autos do IPL 77/2019/DELEMAPH/SP, e expôs à venda animais selvagens, em rede social Facebook. Consta dos autos o Parecer Técnico nº 11/2019- NUCRIM/SR/PF/SP (fls. 396/400). Ademais, consta que o investigado expôs à venda, em mídia social Facebook, diversos animais, incluindo as espécies Cardeal-amarelo (*Gubernatrix cristata*) e Saira-pintor (*Tangara fastuosa*), consideradas, respectivamente, CRITICAMENTE EM PERIGO (CR) e VULNERÁVEL (VU), segundo Lista Nacional Oficial de Espécies da Fauna Ameaçadas de Extinção (Portaria 444/14-MMA) — vide informação de polícia judiciária nº 1159119/2020 de 05/11/2020 (fls. 985/988). Consta que o investigado teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. Ainda quanto ao investigado ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, vulgo "Zé do Bode", a Autoridade Policial também apresenta os seguintes elementos de prova de suas condutas criminosas: "Logo após a deflagração da Operação Urutau o indigitado cancelou diversas linhas telefônicas passando a utilizar outros terminais telefônicos, e/ou utilizando aplicativo whatsapp, assim agindo com o propósito de se esquivar da ação investigatória de sua ligação com tráfico de animais silvestres (vide fls. 04 e fls. 15/23 e fls. 108 e fls. 259 e fls. 432); Prisão em flagrante delito em 10.03.2004 pela prática do crime de roubo tipificado no artigo 157 do CPB (fls.05/anexo); Prática de crime de ameaça tipificado no artigo 147 do CPB com vídeo em que se exhibe o porte ostensivo de arma de fogo o que configura, em tese, o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido tipificado no artigo 14 da Lei n. 10.826/2003 (vide fls. 05 e fls. 51/53, fls. 81/89 anexo). Trata-se de crime de ação penal pública condicionada à representação a qual não foi colhida porque não houve identificação da vítima. Embora esse ilícito penal já tenha sido alcançado pela decadência serve para desvelar o perfil de periculosidade do indigitado; Apreensão de 02 (duas) iguanas em poder do indigitado que as comercializava na data de 05.02.2019 o que foi objeto do IPL n. 77/2019-DELEMAPH/SP — vide fls.158/159, tipificado como receptação dolosa qualificada, artigo 180, § 1º, do CPB". Também quanto ao investigado ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, vulgo "Zé do Bode", a Autoridade Policial traz, ainda, os seguintes elementos de informação da prática de outros ilícitos penais cuja prova material poderá ser colhida mediante busca e apreensão: Indicação de que o inculcado comercializa Guias de Trânsito de Animais — GTA falsificadas com o objetivo de dar aparência de legalidade no transporte de animais silvestres comercializados. Essa conduta configura, em tese, crime de falsificação de documento particular (artigo 298 do CPB) — Vide fls. 155 e Auto Circunstanciado nº 1/2019 — Diálogo 1/fls.05; Indicação de que o indigitado falsifica e comercializa notas fiscais falsificadas, o que configura, em tese, crime de falsificação de documento particular (artigo 298 do CPB) — Vide fls. 155 e Auto Circunstanciado nº 1/2019 — Diálogo 1/ fls. 05. 2. WILLIAM LIBANIO MINERVIN: Atribui-se ao investigado a venda massiva de animais silvestres (papagaios e jacaré), assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes. Como evidência probatória, a Autoridade Policial aponta o documento acostado a fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 1/2019 — fls. 162/223, relatando que "consta que o indigitado utiliza em suas comunicações telefônicas códigos cifrados para dificultar a ação investigatória (vide fls. 262 e fls. 359); consta que William vende animais silvestres para várias Estados, como Goiás, Paraná e São Paulo (cf. fls. 263 e fls. 378/379); consta a fls. 389 a transcrição de diálogo em que William atesta estar vendendo 20 papagaios por dia". Também a Autoridade Policial aponta o diálogo ID 25955123/AC 02/2020 (fls. 478/479), ID 26027550/AC 02/2020 (fls. 480), ID 26024597/AC 02/2020 (fls. 487/490) e ID 26028861/AC 02/2020 (fls. 493/496), "em que o indigitado comenta sua viagem ao Estado do Paraná, em que transportou animais silvestres para revenda em São Paulo; no diálogo ID 26035979/AC 02/2020 (fls. 497), o indigitado confessa que seu carro está cheio de animais silvestres e orienta um comprador a procurá-lo em sua casa; no diálogo ID 26131903 (fls. 498/500), o inculcado confessa ter alugado uma casa para cativo de animais silvestres e possuir máquina de cartão de crédito; em determinada data, o indigitado contratou Eronides Eliziario Paes de Lira / Zé do Pão, para que este coletasse, no Mato Grosso do Sul, de 150 a 170 papagaios, ao preço de R\$ 33.000,00 ou R\$ 37.400,00. Todavia, a "carga" de papagaios foi apreendida em Campinas, SP, na data de 18/10/2020, tendo sido presos o contratado e Sidney Oliveira Santos (vide fls. 610 e BO/PC nº 900099/2020/2º Seccional de Campinas e BOPM 2022010180117156; cf. também, ID 44799567 e ID 44823070 /fls. 646/648/AC 03/2020/Parcial); constam imagens de rede social com o indigitado manuseando pássaros silvestres (vide fls. 653/655)". Também se atribui ao investigado WILLIAM LIBANIO MINERVIN a conduta de associar-se com 3 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação com o investigado Samuel Rodrigues dos Santos — vide documento acostado a fls.157 e Auto Circunstanciado nº 01/2019, fls. 357/358 e fls. 360/361 e fls.423; consta no documento de fls. 511/512/AC 02/2020 alusão a um diálogo em que o indigitado teria sido preso em companhia de Samuel na prática de crime ambiental pretérito, mas o teria ocorrido ato de corrupção policial; - Associação com o investigado Eronides Eliziario Paes de Lira que era o fornecedor de animais silvestres ao sindicato (vide informação policial de fls. 576 e fls. 586/587); - Associação do indigitado com o investigado Gustavo Henrique Januzzi e Lindalva e Genilson representado pelo diálogo ID 23006191 do AC 01/2020. Ainda quanto ao investigado WILLIAM LIBANIO MINERVIN, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. Consta do Auto Circunstanciado 02/2020 que o investigado "orienta seus contatos a não falar por telefone, com receio de ser grampeado" (vide fls. 563), o que desvela uma característica de prática reiterada de comportamento criminoso (vide ID 26328726 e ID 26343435, ambos do AC 02/2020 — fls. 563/565)". 3. SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS: Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação com o investigado Roberto Augusto Martinez Filho ("Zé do Bode") na

venda de animais silvestres (vide fls. 05 e fls. 42 e Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019); vide, também, Diálogo ID 26419324/AC 02/2020 – fls. 567/568; - Associação com o sentenciado Jorge Pedro da Silva ("Pernambuco") na venda de animais silvestres — vide fls. 05 anexo e Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019) e fls. 109/113; - Associação com Adriano Pereira do Amorim (Adriano Goiás) na venda de animais silvestres — vide fls. 06 anexo e Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019); e fls. 44/45; - Associação criminosa com o investigado Luis Henrique Batista de Araújo na venda ilícita de papagaios (vide fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 1/2019); - Associação criminosa com a investigada Cláudia Regina Noronha na venda ilícita de papagaios (vide fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 1/2019); - Associação criminosa com o investigado William Libanio Minervino (vide documento de fls. 157 e Auto Circunstanciado n. 01/2019 — fls. 162/223, fls. 260 e fls. 302/303, fls. 307/308 e fls. 357/358, fls. 360/361 e fls. 423; consta no documento de fls. 511/512/AC 02/2020 alusão a um diálogo em que o indigitado teria sido preso em companhia de William na prática de crime ambiental pretérito, mas o teria ocorrido ato de corrupção policial. Atribui-se também ao investigado SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS a conduta de ocultar 02 (duas) ararajubas no telhado de sua casa, e apreensão de diversos animais silvestres, na data de 30/01/2020, em sua residência em Diadema, SP, sendo que o inculpaado mantinha a posse de animais silvestres no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes. Após essa apreensão, o nominado pouco utilizou sua linha telefônica (cf. fls. 567). Como evidência probatória, a Autoridade Policial aponta o Boletim de Ocorrência/Termo Circunstanciado nº 900003/2020 (cf. fls. 521/526), ressaltando que consta a fls. 509/510/AC 02/2020 um diálogo em que o investigado William atesta que, em determinada data, a polícia militar teria feito uma abordagem policial com apreensão de animais silvestres na casa do indigitado, oportunidade em que este evadiu-se pelo telhado do vizinho, ocultando duas ararajubas naquele telhado. Ainda quanto ao investigado SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. Quanto ao passado criminoso de SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, a Autoridade Policial relata que ele já se envolveu em “diversas intercorrências de infrações ambientais (vide documento de fls. 511/AC 02/2020). Com efeito, foi juntado a fls. 515/517 cópia do BO nº 27/2019, com registro de apreensão de 117 (cento e dezessete) aves silvestres em seu poder para fins de mercancia – vide cópia da ocorrência policial nº 900007/2019 (cf. fls. 527/532)”. Também “foi juntado a fls. 518/520 cópia do BO n. 6992/2018 com registro da apreensão de 18 (dezoito) periquitos para fins de mercancia. E ainda foram encartados aos autos outros registros de apreensões pretéritas de animais silvestres no caso do inculpaado (vide fls. 533/540), com destaque para o documento de fls. 533, em que consta confissão do investigado no sentido de ter adquirido paxaros em Curitiba”. 4. ERONIDES ELISIÁRIO PAES DE LIRA, vulgo ZÉ DO PÃO: Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir, transcritas da representação policial: - Associou-se ao sentenciado Jorge Pedro da Silva, vulgo "Pernambuco", na venda massiva de animais silvestres – vide documento de fls. 199/200 e informação policial de fls. 577/578; - Associou-se a familiares para a promoção do tráfico de animais silvestres (Teomisto Elizário Paes, Etevaldo Paes de Lira e Mateus Leonardo Franco Mira); é o que se vê do ofício / informação do IBAMA de fls. 574/588 e AC 02/2020 que sublinha o fato de que "o grupo vem atuando na mercancia ilícita de animais silvestres desde a década de 1980 (fls. 568); - Associação ao investigado William Libanio Minervino a quem fornecia animais silvestres (vide informação policial de fls. 576 e fls. 586/587); - Associação ao investigado Samuel Rodrigues dos Santos a quem fornecia animais silvestres (vide informação policial de fls. 576); - Associação com Sidney Oliveira Santos (prisão de ambos transportando grande quantidade de papagaios em 20.09.2020, em Pongai-SP, e em 18.10.2020, em Campinas-SP, animais esses coletados no Mato Grosso do Sul. Consta que ERONIDES teria adquirido e transportado grande quantidade de animais silvestres (papagaios), assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes. Como evidência probatória, a Autoridade Policial indica o Boletim de Ocorrência nº 4599/2020, elaborado pela Polícia Civil, comprovando a apreensão de 160 (cento e sessenta) papagaios verdadeiros e 01 (um) filhote de arara vermelha grande, na data de 20/09/2020, “animais silvestres esses transportados pelo indigitado e apreendidos na cidade de Pongai / SP (vide fls. 589/590 e fls. 611)”; o Boletim de Ocorrência/Termo Circunstanciado/ 2ª Seccional/PC/Campinas nº 900099/2020 (fls. 697/698), que “dá conta de que na data de 18.10.2020, o indigitado foi preso juntamente com seu comparsa Eronides Elisiário Paes de Uva ("Zé do Pão") transportando 165 espécimes de papagaio verdadeiro e uma arara vermelha grande (vide fls. 659)”, e BOPM de fls. 677/696. Também quanto ao investigado ERONIDES ELISIÁRIO PAES DE LIRA, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. Consta, ainda, que ERONIDES “pratica crimes contra o meio ambiente comercializando animais silvestres no território nacional desde o ano de 1984 (vide fls. 199). Além disso, a Coordenação de Inteligência de Fiscalização da Diretoria de Proteção Ambiental do IBAMA em Brasília enviou à DELEMAPH-SP ofício circunstanciado dando conta das atividades ilícita do sindicado informando tratar-se de multireincidente infrator da lei penal ambiental (vide fls. 546 e fls. 574/588)”. 5. MATEUS LEONARDO FRANCA LIRA (filho do investigado Eronides Eliziário Paes de Lira): Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir, transcritas da representação policial: - Associou-se a Eronides Elisiário Paes de Lira/Zé do Pão e Sidney Oliveira Santos para a promoção do tráfico de animais silvestres; é o que se vê do ofício/informação do IBAMA de fls. 574/588 e do AC 02/2020 de fls. 569; associação com Etevaldo Paes de Lira e Variêi Weber (Gordo) — cf. AC 3/2020/Complementar Consta que a especialidade do indigitado é o transporte de animais silvestres (vide informação policial de fls. 575/588). Consta dos autos que MATEUS teria transportado ou conduzido, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime (semoventes animais silvestres papagaios verdadeiros de venda proibida, conforme Boletim de Ocorrência 4599/2020, de 20/09/2020, versando sobre a apreensão de centenas de filhotes de papagaios na cidade de Pongai, SP (vide fls. 589/590). Também quanto ao investigado MATEUS, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID

42081962, páginas 1-19 do PDF. Ainda quanto ao MATEUS LEONARDO FRANCA LIRA, há indícios de que ele teria praticado a conduta de caçar espécimes da fauna silvestre sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, conforme diálogo ID 44298294 (fls. 661/662), no qual consta, além da caça, informação de que a esposa do indigitado estava presa por tráfico de drogas (transporte). 6. SIDNEY OLIVEIRA SANTOS: Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação com a Eronides Elisiário Paes de Lira (Zé do Pão), Mateus Leonardo Franca Lira e Etevaldo Paes de Lira, para a promoção do tráfico de animais silvestres; é o que se vê do ofício/informação do IBAMA e do AC 02/2020 de fls. 569. Também se atribuiu ao investigado a conduta de transportar ou conduzir; em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime (semoventes animais silvestres papagaios verdadeiros, de venda proibida), conforme consta do “Boletim de Ocorrência 4599/2020, de 20/09/2020, versando sobre a apreensão de centenas de filhotes de papagaios na cidade de Pongaí, SP, (vide fls. 589/590 Boletim de Ocorrência/ 2ª Seccional/PC/Campinas nº 900099/2020 dá conta de que na data de 18.10.2020 o indigitado foi preso juntamente com seu comparsa Eronides Elisiário Paes de Lira (“Zé do Pão”) transportando 165 espécimes de papagaio verdadeiro e uma arara vermelha grande (vide fls. 659)” e “Boletim de Ocorrência/Termo Circunstanciado/ 2ª Seccional/PC/Campinas nº 900099/2020 (fls. 697/698) dá conta de que, na data de 18.10.2020, o indigitado foi preso juntamente com seu comparsa Eronides Elisiário Paes de Lira (“Zé do Pão”) transportando 165 espécimes de papagaio verdadeiro e uma arara vermelha grande (vide fls. 659) e BOPM de fls. 677/696”. 7. MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, vulgo “Marquinho do Paraná”: Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação criminosa com o sentenciado Jorge Pedro da Silva, “Pernambuco” (Operação Urutau), na venda de ilícita de animais silvestres, com imagens de centenas de pássaros-preto, corrupção e bocado preto, e primata (vide fls. 05/anexo e Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019) e fls. 115/119; associação criminosa com Nelson de tal (vide AC 02/2020- parcial). - Consta, também, do AC 01/2020: HNI, usuário do terminal 41997009085, aparece negociando animais e anilhas com MARCOS nas ligações ID 20049661, de 23/10/2019, e ID 46735715, de 10/11/2020. A Autoridade Policial também atribuiu a MARCOS VINÍCIUS a “venda massiva de animais silvestres (inclusive procedentes da Argentina), assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes. Tal fato é apurado a partir do documento acostado a fls. 424 e diálogo ID 26205343 (fls. 438/439/AC 02/2020); consta do diálogo ID 26307446/AC 02/2020 que o nominado vende canário peruano; no AC 3/2020 (parcial) constam os registros de inúmeras atividades de aquisição e revenda de animais silvestres protagonizados pelo indigitado (vide diálogos ID 44593440 fls. 623”. Também quanto ao investigado MARCOS VINÍCIUS, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. A Autoridade Policial relata também que MARCOS VINÍCIUS possui passado criminoso vinculado ao tráfico de animais silvestres, com registro de ocorrência em 18/06/2009 (vide fls. 05 e fls. 114). Há também elementos de informação sobre a prática de outros ilícitos penais cuja prova material poderá ser colhida mediante busca e apreensão, para apuração dos seguintes delitos, assim narrados na representação policial: a) Indicação de que o inculcado comercializa anilhas de origem espúria o que configura o delito de falsificação de sinal público tipificado no artigo 296 do CPB (vide fls. 156 e Auto Circunstanciado nº 1/2019 — fls. 162/223 e fls. 261 e fls. 275/282 e Diálogo ID 26048655 — fls. 435/437; cf. Diálogo ID 26307446/AC 02/2020 — fls. 552/554 em que Marcos atesta vender anilha SISPASS ao preço de R\$ 350,00); b) Indicação de que o indigitado falsifica e comercializa notas fiscais o que caracteriza, em tese, o crime de falsificação de documento particular tipificado no artigo 298 do CPB (vide fls. 156 e Auto Circunstanciado nº 1/2019 — fls. 162/223); c) Indicação de que o indigitado promove a remoção e internação de dependentes químicos que estariam retidos em instalações policiais. Essa atividade ilícita pode caracterizar, em tese, o delito de cárcere privado qualificado pela internação involuntária de dependente químico tipificado no artigo 148, § 1º, inciso II (majorante de internação da vítima em casa de saúde ou hospital), do CPB. É que a recente Lei 13.840/2019 estabeleceu que a internação involuntária deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável. A referida lei dispõe, também, que a internação involuntária, entendida como aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou de responsável legal, ou na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — SISNAD, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constata a existência de motivos que justifiquem a medida (vide fls. 156 e Auto Circunstanciado nº 1/2019 — fls. 162/223, fls. 259 e fls. 275 e fls. 281/285 e fls. 433/435). 8. LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO: Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação com o sentenciado Jorge Pedro da Silva, vulgo “Pernambuco” (condenado na Operação Urutau) — vide fls. 06/anexo e informação de polícia judiciária nº 55/2019 e fls. 136/140; - Associação com a investigada CLAUDIA REGINA NORONHA, CPF 184.722.648-58 (sua consorte) (vide fls. 06/anexo e Informação de Polícia Judiciária nº 55/2019) e documento de fls. 157 e fls. 260; - Associação com o investigado Samuel Rodrigues dos Santos na venda de papagaios (vide fls. 157 e Auto Circunstanciado n. 01/2019 de fls. 162/223. A Autoridade Policial também atribuiu a LUIS HENRIQUE a “venda massiva de animais silvestres (inclusive procedentes do Peru — canários peruanos), assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes”. Também quanto ao investigado LUIS HENRIQUE, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. Os resultados das interceptações telefônicas revelam que o investigado, em determinado momento, se queixa das multas impostas pelo IBAMA e pela Justiça, em razão da prática de crimes ambientais por ele praticado (vide fls. 318/323). A Autoridade Policial também destaca que, no diálogo ID 23156714, o casal Luís Henrique Batista de Araújo e Cláudia Regina Noronha falam sobre a ocorrência de pesca ilícita de tubarão (caçã) e caça de pássaros (vide fls. 329/330). 9. CLÁUDIA REGINA NORONHA: Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim

específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação com o sentenciado Jorge Pedro da Silva, vulgo "Pernambuco" (condenado na Operação Urutau) — vide fls.06/anexo e informação de polícia judiciária nº 55/2019 e fls. 136/140; - Associação com o investigado Luis Henrique Batista de Araújo (seu consorte) - vide fls. 06/anexo e Informação de Polícia Judiciária n.2 55/2019) e documento de fls. 157 e fls. 260; - Associação com o investigado Samuel Rodrigues dos Santos na venda de papagaios (vide fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 01/2019 de fls. 162/223). A Autoridade Policial também atribui a CLÁUDIA REGINA NORONHA a “venda massiva de animais silvestres (papagaios e jacaré), assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes”, conforme consta do documento acostado a fls. 440. Também quanto à investigada CLÁUDIA REGINA, consta que ela teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. 10. ADRIANO PEREIRA DE AMORIM: Consta que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação com o sentenciado Jorge Pedro da Silva, vulgo "Pernambuco" (condenado na Operação Urutau) — vide fls. 06/anexo e informação de polícia judiciária nº 55/2019 e fls. 144/150; - Associação com Samuel Rodrigues dos Santos (vide fls. 44/45); - Associação com Eronides Elisário Paes de Lira, vulgo "Zé do Pão" (vide Diálogo ID 22203969 — fls. 335); segundo se depreende dos diálogos o caçador Eronides/Zé do Pão coleta animais silvestres (geralmente filhotes) e os repassa a Adriano que os revende em São Paulo (cf. fls. 340/343 e fls. 350/352/AC nº 1/2020). A Autoridade Policial também atribui a ADRIANO PEREIRA DE AMORIM a “caça de animais silvestres, sem a devida permissão ou licença ou autorização da autoridade competente (contratação de caçadores)”, conforme consta do documento acostado a fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 1/2019 — fls. 162/223 e fls. 262 e fls. 332/336. Consta, ainda, quanto a ADRIANO, a conduta de compra e venda massiva de animais silvestres, no exercício de atividade comercial ilícita profissionalizada, conforme documento acostado a fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 1/2019 — fls. 162/223 e fls. 262, fls. 332/336. Também quanto ao investigado ADRIANO, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. Na representação policial vêm destacadas informações sobre o passado criminoso de ADRIANO PEREIRA DE AMORIM, vinculado ao tráfico de animais silvestres em 2017, em Piracanjuba, GO, bem como, indiciamento em inquéritos policiais nos anos de 2015 e 2016, na DELEMAPH em Tocantins e na DELEMAPH em Goiás (vide fls. 06 e fls. 260 – anexo). Segundo a Autoridade Policial, “o diálogo ID 22184924 (AC nº 1/2020) sugere que o indigitado contratou algum coletor que caçava animais silvestres para ele e que usava farda sendo possível tratar-se de policial cujo prenome seria Jorge (vide fls. 333 e fls. 337)”. 11. GUSTAVO HENRIQUE JANNUZZI ANDRIOLLI: A Autoridade Policial atribui ao investigado a conduta de “venda massiva de animais silvestres, assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes”. Como evidência probatória, menciona-se que “no diálogo ID 26221066/AC 02/2020 (fls. 502/509), consta que o indigitado confessa adquirir animais silvestres procedentes do Estado de Minas Gerais e ainda demonstra ter contatos comerciais com diversos traficantes de animais silvestres, inclusive as intercorrências policiais deles; no diálogo ID 26295324 o indigitado admite que revende ararajubas em Guarulhos-SP (vide fls. 555/557); no diálogo ID 26356381/AC 2/2020, fls. 557/558, o indigitado comercializa uma arara tricolor; o diálogo ID 44500208, AC 3/2020, dá conta de que o nominado era um dos receptores das centenas de papagaios coletados no MS e apreendidos pela Polícia Militar em Campinas/SP na data de 18.10.2020 (vide fls. 612 e fls. 671/673)”. Também quanto ao investigado GUSTAVO, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. Consta, outrossim, que o investigado teria se associado com 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, conforme especificado a seguir; transcritas da representação policial: - Associação do indigitado com o investigado William Libanio Minervino, representado pelo diálogo ID 23006191 do AC 01/2020; - Associação do indigitado com o investigado William Libanio Minervino e Lindalva e Genilson, representado pelo diálogo ID 23006191 do AC 01/2020. 12. ARLINDO JOSE BEZERRA DA SILVA: A Autoridade Policial atribui ao investigado a conduta de “venda massiva de animais silvestres (papagaios), assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda desses semoventes”. Como evidência probatória, aponta-se o documento acostado a fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 01/2019 de fls. 162/223 e fls. 311/317. A Autoridade Policial também aponta que o investigado teria firmado associação criminosa com o investigado SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, conforme consta do documento acostado a fls. 157 e Auto Circunstanciado nº 01/2019 de fls. 162/223. Também quanto ao investigado ARLINDO, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. 13. ETEVALDO PAES DE LIRA: Atribui-se ao investigado a conduta de “caçar espécimes da fauna silvestre sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente”, conforme Informação Policial de fls. 575/588. Também consta que ETEVALDO teria se associado a familiares para a mercancia profissional de animais silvestres (ERONIDES PAES DE LIRA e TEOMISTO ELIZIÁRIO PAES), conforme Informação Policial de fls. 575. Também quanto ao investigado ETEVALDO, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. 14. JHONATHAN HENRIQUE NORONHA ARAÚJO: A Autoridade Policial esclarece que “o envolvimento do indigitado surgiu no documento de fls. 423 / ofício policial nº 11, de 06.03.2020, que se reportava ao auto Circunstanciado nº 002/2020). Atuação mediante identidade de propósitos e prévio ajuste com sua consorte LARISSA DA SILVA ALBUQUERQUE”. Atribui-se ao investigado a conduta de “venda de animais silvestres assim agindo no exercício de atividade comercial, sabendo da proibição legal da venda

desses semoventes”. Como evidência probatória, a Autoridade Policial aponta o “diálogo ID 26027728/AC 2/2020 (fls. 461): esse diálogo está a sugerir que o indigitado é consorte de Larisse da Silva Albuquerque, que figura como proprietária da PET SHOP VILA SÃO JOSÉ (nome de fantasia), nome comercial LARISSA DA SILVA ALBUQUERQUE, CNPJ 34.485.544/0001-02), estabelecimento comercial esse utilizado para comercialização de animais silvestres de origem espúria”. Enfim, também quanto ao investigado JHONATHAN, consta que ele teria cometido crime de perigo à vida e à saúde de outrem, causando risco direto e iminente, mediante a mercancia de animais silvestres capazes de transmitir zoonoses aviárias, vírose e bactérias a seres humanos, conforme Parecer nº 001/2020-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP – ID 42081962, páginas 1-19 do PDF. I - DAS PRISÕES PREVENTIVAS A Autoridade Policial representa pelas prisões preventivas de ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, vulgo “Zé do Bode”; WILLIAM LIBANIO MINERVINO; SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS; ERONIDES ELIZIARIO PAES DE LIRA, vulgo “Zé do Pão”; MATEUS LEONARDO FRANCA LIRA; SIDNEY OLIVEIRA SANTOS; MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, vulgo “Marquinho do Paraná”; LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO; CLÁUDIA REGINA NORONHA; ADRIANO PEREIRA DE AMORIM; GUSTAVO HENRIQUE JANNUZZI ANDRIOLLI e ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA. O Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente pela decretação da prisão preventiva dos investigados supramencionados. Como bem se extrai da manifestação ministerial, estando presentes os pressupostos da prisão cautelar, a situação requer adequada resposta à sociedade, sob pena de gerar descrédito à Justiça. No presente caso, diante de todas as condutas individualizadas e demonstradas por meio de elementos de prova que vem sendo coligidos ao longo da investigação, exorbitam indícios de que todos os investigados supramencionados se dedicam à contínua prática de delitos relacionados à atividade de tráfico de animais silvestres, de maneira ininterrupta, causando danos irreparáveis ao meio ambiente, notadamente pelo elevado número de animais silvestres capturados, mal tratados e mortos, sendo notável a gravidade das infrações, a repercussão social dos delitos gerada pelo inegável desequilíbrio ecológico causado, o risco concreto de reiteração criminosa, o grave risco de transmissão de doenças a seres humanos e a presunção de impunidade já manifestada por alguns dos investigados, que não se intimidaram com anteriores sanções penais ou outros atos de persecução penal. Importa notar que, com base nos dados concretos observados nestes autos, pode-se concluir pela concomitante presença dos pressupostos da prisão preventiva, ou seja, o *fumus commissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria ou participação, bem como o *periculum libertatis*, compreendido no perigo concreto que a liberdade dos investigados representa para a investigação criminal, sendo certo que a alta probabilidade de reiteração criminosa pelos investigados, que fazem do tráfico de animais o seu meio de vida, evidencia a ineficácia de medidas cautelares diversas da prisão. Frise-se, ainda, conforme consta da representação policial, que é inexpressivo o passado laborativo formal dos indiciados, tendo a Autoridade Policial esclarecido que “foram juntados aos autos os prints extraídos do Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNIS dos investigados (vide fls. 719/814). A leitura de tal documentação desvela que os sindicados tiveram pouco vínculos laborativos formais, o que reforça a tese persecutória da prática reiterada de crimes ambientais como forma de angariar recursos econômicos para sustentar suas vidas, por vezes, de forma luxuosa, com a aquisição de veículos automotores luxuosos como uma BMW e uma caminhonete”. Tais circunstâncias autorizam vislumbrar o perigo que representa a liberdade dos investigados para o meio social, justificando-se a decretação e manutenção da custódia cautelar com fundamento na garantia da ordem pública, pois as interceptações telefônicas, os autos circunstanciados, as informações de polícia judiciária, boletins de ocorrência, notícias de apreensões de grande número de animais silvestres e outros atos de persecução penal que se mostraram insuficientes à inibição das condutas delitivas evidenciam o risco considerável de reiteração de ações criminosas. A materialidade delitiva até então apurada e os indícios de autoria apontando para os investigados demonstram, à vista do princípio da prevenção geral, que, caso permaneçam em liberdade, em convívio com outros potenciais investigados do mesmo ramo de atividade criminosa (identificados no último período de interceptações telefônicas, mas de qualificação ainda desconhecida), certamente continuarão agindo sob os mesmos estímulos que lhes levaram ao cometimento dos crimes ora investigados. Assim, com base em dados concretos, observando as condutas individualizadas acima descritas e a insuficiência de outros atos de persecução penal que já atingiram alguns dos investigados, faço um juízo de periculosidade positivo em relação a ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, vulgo “Zé do Bode”; WILLIAM LIBANIO MINERVINO; SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS; ERONIDES ELIZIARIO PAES DE LIRA, vulgo “Zé do Pão”; MATEUS LEONARDO FRANCA LIRA; SIDNEY OLIVEIRA SANTOS; MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, vulgo “Marquinho do Paraná”; LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO; CLÁUDIA REGINA NORONHA; ADRIANO PEREIRA DE AMORIM; GUSTAVO HENRIQUE JANNUZZI ANDRIOLLI e ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA, por estar demonstrada a premente necessidade de sua retirada do convívio social, fazendo-se cessar os irreparáveis danos ao meio ambiente que vem sendo inegavelmente causados por seus supostos crimes contra a fauna e maus tratos a animais silvestres, além de outros crimes como receptação qualificada, perigo para a vida ou a saúde de outrem, associação criminosa, falsificação de documento público e de selo ou sinal público e falsidade ideológica. A prisão preventiva dos investigados supramencionados também se fundamenta com base na conveniência da instrução criminal, para impedir que eles perturbem ou impeçam a produção de provas, sendo certo que, no caso dos autos, é de suma importância a localização e apreensão de todos os animais que estejam atualmente em cativeiro, bem como, a completa qualificação de outras pessoas possivelmente envolvidas no tráfico de animais silvestres. Conforme exposto nesta decisão, verifico que se encontram presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, consubstanciados na prova da existência dos crimes (materialidade delitiva) e indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade dos investigados. Observo que os investigados contra os quais a Autoridade Policial pleiteia a imposição de prisão preventiva estariam praticando, em tese, além de crimes contra a fauna, maus tratos contra animais silvestres, perigo para a vida ou saúde de outrem, também os crimes previstos nos artigos 180, § 1º, 288, 296, 297 e 299, todos do Código Penal, afigurando-se em todos estes o dolo como elemento da conduta e a cominação de pena de reclusão. Ante o exposto, decreto a PRISÃO PREVENTIVA dos investigados ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, vulgo “Zé do Bode”; WILLIAM LIBANIO MINERVINO; SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS; ERONIDES ELIZIARIO PAES DE LIRA, vulgo “Zé do Pão”; MATEUS LEONARDO FRANCA LIRA; SIDNEY OLIVEIRA

SANTOS; MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, vulgo "Marquinho do Paraná"; LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO; CLÁUDIA REGINA NORONHA; ADRIANO PEREIRA DE AMORIM; GUSTAVO HENRIQUE JANNUZZI ANDRIOLLI e ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA. Conforme o artigo 8º da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, diante da excepcionalidade do atual período de restrição sanitária, visando reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do Coronavírus, considero a pandemia de Covid-19 como motivação idônea para a não realização das audiências de custódia. Entretanto, anoto que, nos termos do inciso II do § 1º do artigo 8º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, o exame de corpo de delito deverá ser realizado na data da prisão pelos profissionais de saúde no local em que a pessoa presa estiver, complementado por registro fotográfico do rosto e corpo inteiro, a fim de documentar eventuais indícios de tortura ou maus tratos. II - DA BUSCA E APREENSÃO e AFASTAMENTO DO SIGILO DE DADOS A Autoridade Policial representa também pela expedição de mandados de buscas e apreensões domiciliares referentes aos seguintes investigados: ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, vulgo "Zé do Bode", RG 44386293 SSP/SP, CPF 346.309.898-97, nascido em São Paulo, SP, aos 27/02/1986, filho de Irineide da Silva Pereira e de Roberto Augusto Martinez. Endereço: Rua FRANK MARTIM 62, VELEIROS, CEP 04774-070, SÃO PAULO, SP; WILLIAM LIBANIO MINERVINO, RG 42483411 SSP/SP, CPF 340.413.878-33, nascido em São Paulo, SP, aos 12/07/1985, filho de Neucide Justino Libanio e de Geraldo Adão Minervino. Endereços: R. CACHOEIRA ITAGUASSAVA, 933, Jardim Noemia, São Paulo, SP (nesse endereço também funciona o estabelecimento comercial nome de fantasia Casa de ração Hanna e William) e Rua Cachoeira Itaguassava, 935, Jardim Noemia, São Paulo, SP (LAVA JATO DO FEIJÃO); SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, RG 49639244 SSP/SP, CPF 425.266.888-33, nascido em São Bernardo do Campo, SP, aos 10/02/1993, filho de Neus(z)a Rodrigues e Gilvandro Nascimento dos Santos. Endereço: Rua ESPANHA, nº 46, Casa 01 - JD DAS NAÇÕES, CEP 09941-010, DIADEMA, SP; ERONIDES ELIZIARIO PAES DE LIRA, vulgo "Zé do Pão", RG 13742875 SSP/SP, CPF 009.798.868-56, nascido em Alagoinha, PE, aos 06/12/1960, filho de Maria Diosina Mendes da Silva Lira e de Elizario Paes de Lira Neto. Endereço: Rua Miguel Marqueti, 676, Itapoa, Ivinhema, MS; MATEUS LEONARDO FRANCA LIRA, CPF 330.337.698-02, nascido em São Paulo, SP, aos 17/11/1998, filho de Maria Messias Franca de Jesus. Endereço: Rua Atilio Reginato, 333, Vitória, Ivinhema, MS; SIDNEY OLIVEIRA SANTOS, CPF 011.473.291-41, nascido em Ivinhema, MS, aos 03/04/1984, filho de Adelice Isabel Santos. Endereço: Av. João Camargo Sobrinho, 1263, Novo Horizonte do Sul, MS; MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, vulgo "Marquinho do Paraná", RG 8221937 SESP/PR, CPF 024.797.939-23, nascido em Curitiba, PR, aos 28/10/1977, filho de Aídee de Oliveira e de Juarez de Oliveira. Endereço: Rua Afonso Santana, 119, Campo de Santana, CEP 81020-490, Curitiba, PR; LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO, RG 302175283 SSP/SP, CPF 303.667.408-06, nascido em São Paulo, SP, aos 20/09/1975, filho de Benedita Batista de Araújo e de Antônio Camilo de Araújo. Endereço: Av. Jussara, 1037, Balneário Jussara, Mongaguá, SP; CLÁUDIA REGINA NORONHA, CPF 184.722.648-58, nascida aos 29/10/1975, filha de Leonilda Darlene Noronha. Endereço: Av. Jussara, 1037, Balneário Jussara, Mongaguá, SP; ADRIANO PEREIRA DE AMORIM, CPF 002.120.561-23, nascido em Inhumas, GO, aos 04/01/1982, filho de Lucelena Pereira Pires de Amorim. Endereço: Rua Gerson Soares da Cunha, Quadra 70, Lote 01, Rosa dos Ventos, Aparecida de Goiânia, GO; GUSTAVO HENRIQUE JANNUZZI ANDRIOLLI, RG 37077870 SSP/SP, CPF 440.344.328-10, nascido em São José dos Campos, SP, aos 06/10/1995, filho de Leymar Motta Jannuzzi Andriolli e de Milton Luiz Andriolli. Endereço: Rua Julio Cesar, 214, Vila Zezé, Condomínio Jardim Coleginho, Jacareí, SP; ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA, RG 38397285 SSP/SP, CPF 107.644.058-45, nascido em São Joaquim do Monte, PE, aos 25/07/1963, filho de Maria Antônia da Silva e de José Bezerra Duarte Filho. Endereço: Rua Pau do Café, 1.112, Diadema, SP; ETEVALDO PAES DE LIRA, CPF 734.088.834-91, nascido em Pesqueira-PE, aos 08/12/1968, filho de Diosina Mendes da Silva e de Elizario Paes de Lira Neto. Endereço: Rua Jorge Benigno Almeida, S/N, Bairro Perpétuo Socorro, Lagoinha, PE; JHONATHAN HENRIQUE NORONHA ARAÚJO, CPF 454.133.648-06 e sua consorte LARISSA DA SILVA ALBUQUERQUE. Endereço: Rua das Palmas, 44, Vila São José, Diadema, SP (nesse mesmo endereço funciona o estabelecimento comercial nome de fantasia Pet Shop Vila São José, nome comercial Larisse da Silva Albuquerque, CNPJ 34.485.544/0001-02). Em relação a todos os investigados supramencionados, a Autoridade Policial representa pela apreensão dos seguintes objetos: aparelhos celulares, Guias de Trânsito de Animais – GTAs, notas fiscais de venda de animais silvestres (em branco ou preenchidas), anilhas, animais silvestres, injeções e anestésicos que possam ser utilizados como sedativos de animais silvestres, animais silvestres de procedência não comprovada, matéria-prima para prática de crimes contra a fé pública e outros objetos que possam constituir elementos de prova de ilícitos penais de persecução de ação penal pública incondicionada. Especificamente em relação ao investigado MARCOS VINÍCIUS DE OLIVERIA, a Autoridade Policial representa pela apreensão dos seguintes objetos: aparelhos celulares, Guias de Trânsito de Animais – GTAs, notas fiscais de venda de animais silvestres (em branco ou preenchidas), anilhas, animais silvestres, injeções e anestésicos que possam ser utilizados como sedativos de animais silvestres, animais silvestres de procedência não comprovada, matéria-prima para prática de crimes contra a fé-pública e outros objetos que possam constituir elementos de prova de ilícitos penais de persecução de ação penal pública incondicionada, bem como algemas, sedativos e outros elementos de prova de que o indigitado promove a remoção e internação de dependentes químicos que estariam retidos em instalações policiais. No caso dos autos, considerando a apuração da materialidade delitiva e dos indícios de autoria, a medida de busca e apreensão se presta a permitir o cumprimento dos mandados de prisão, bem como a confirmar o quanto já apurado, apreender coisas obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos ou documentos falsificados ou contrafeitos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, cartas (inclusive mensagens eletrônicas), abertas ou não, destinadas aos acusados ou em seu poder, havendo suspeita de que o seu conteúdo possa ser útil à elucidação dos fatos, descobrir outros objetos relacionados aos fatos, colher outros elementos de convicção, impedir a destruição de provas e, especialmente, apreender animais silvestres que estejam ilicitamente em cativeiro, em condições de maus tratos, para que sejam identificados, resgatados, tratados e destinados a libertação, conforme o caso, de acordo com o parecer técnico de especialistas. A presente medida também tem como objetivo buscar e apreender Guias de Trânsito de Animais – GTAs, notas fiscais de venda de animais silvestres (em branco ou preenchidas), anilhas, injeções e anestésicos que possam ser utilizados como sedativos de animais silvestres, animais silvestres de procedência não

comprovada, matéria-prima para prática de crimes contra a fé pública e outros objetos que possam constituir elementos de prova de ilícitos penais de persecução de ação penal pública incondicionada, inclusive, aparelhos celulares, HD de microcomputadores, notebooks, pendrives e outros periféricos de informática com capacidade de armazenamento de dados, relacionados à prática de crimes ambientais contra a fauna e de maus tratos, receptação qualificada, perigo para a vida ou saúde de outrem, associação criminosa, falsificação de documento público, falsificação de selo ou sinal público e falsidade ideológica. Especificamente em relação ao investigado MARCOS VINÍCIUS DE OLIVERIA, a medida também terá por finalidade a busca e apreensão de algemas, sedativos e outros elementos de prova relacionados a remoção e internação de dependentes químicos que estariam retidos em instalações policiais, o que pode caracterizar, em tese, o delito de cárcere privado qualificado pela internação involuntária de dependente químico, tipificado no artigo 148, § 1º, inciso II, do Código Penal, caso a internação involuntária não seja realizada de acordo com os requisitos da Lei nº 13.840/2019. Assim, com fundamento no artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal, acolho a representação policial para a realização de BUSCA E APREENSÃO nos endereços relacionados no Ofício nº 30/2020-DELEMAPH/DRCOR/SR/PF/SP (IDs 42079342 e 42079345). A diligência de busca e apreensão deverá se restringir aos endereços supramencionados, bem como às coisas, instrumentos e provas que guardem pertinência com os crimes ora investigados. Em se tratando de endereço de natureza residencial com dificuldade de localização correta, deverá a Autoridade Policial tomar especial cuidado para evitar a entrada na residência incorreta, sem relação com os investigados. Todavia, durante a diligência, havendo fundada descoberta de outros endereços que interessem à investigação, deverá a Autoridade Policial comunicar imediatamente a este Juízo, especificando-os, a fim de que sejam expedidos outros mandados. Fica também autorizada a abertura ou arrombamento da porta de entrada dos mencionados endereços, bem como de cofres, compartimentos e áreas lacradas eventualmente existentes no local, caso eventuais pessoas presentes no imóvel não o façam voluntariamente. Deverá ainda a Autoridade Policial identificar todos os moradores dos respectivos imóveis e pessoas que ali se encontrem, inclusive crianças e adolescentes. Fixo o prazo de 60 (sessenta) dias para a realização da busca e apreensão, que deverá se cumprir com as formalidades e cautelas dos artigos 243, 245 e 248 do Código de Processo Penal, lavrando-se, após a diligência, o competente auto circunstanciado. A Autoridade Policial e seus agentes estão adstritos aos termos desta decisão e, caso desbordem seus limites, sujeitar-se-ão à aplicação da Lei nº 4.898/65. Observando possível erro material por não haver expressa fundamentação na representação pela quebra de sigilo de dados contidos em mídias de aparelhos celulares a serem apreendidos, o Ministério Público Federal, não obstante ter requerido que a Autoridade Policial seja requisitada a se manifestar, requer desde já o deferimento da medida. Entretanto, a par da urgência requerida para a deflagração das medidas assecuratórias, verifico que o Ministério Público Federal acabou por suprir a devida fundamentação, “considerando os indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal a respaldar a limitação do direito de privacidade, além da necessidade de verificar a atualidade das práticas criminosas e para a obtenção de dados que possam fornecer a real extensão das atividades ilícitas dos investigados em prejuízo ao meio ambiente”, razão pela qual a medida comporta deferimento, independentemente de manifestação da Autoridade Policial, uma vez que há requerimento fundamentado pelo titular de eventual ação penal. Portanto, AFASTO O SIGILO DE DADOS para permitir o acesso pela Autoridade Policial e agentes às informações contidas em aparelhos eletrônicos eventualmente apreendidos com os investigados ou de propriedade de terceiros que estejam relacionados ao local da apreensão e aos delitos ora investigados, considerando que tal medida é necessária e imprescindível para a elaboração de laudos e perícias essenciais à apuração da materialidade e autoria delitivas. Tal medida revela-se necessária no presente feito, sobretudo porque possibilita trazer aos autos maiores elementos acerca da materialidade e autoria delitiva dos crimes ora investigados. Salienta-se que, nestes casos, o sigilo de dados telemáticos e telefônicos não poderá ser invocado como forma de se tornar verdadeiro escudo protetivo de práticas criminosas, sendo certo que o interesse público deverá prevalecer sobre o interesse privado. Cabe ao intérprete constitucional, no caso de existir colisão entre direitos fundamentais, realizar verdadeira ponderação de interesses, de modo a salvaguardar direitos e valores relevantes à sociedade, como o esclarecimento acerca da materialidade e autoria de crimes praticados contra a fauna, maus tratos de animais silvestres, crimes contra o patrimônio, crimes contra a vida, crimes contra a paz pública e crimes contra a fé pública. Assim, autorizo à Autoridade Policial e sua equipe o acesso a quaisquer elementos de prova relacionados aos crimes investigados, incluindo a abertura de correspondências; acesso a documentos em geral; documentos bancários e documentos fiscais; acesso ao conteúdo de telefones celulares, smartphones, computadores, eventuais dados armazenados em disco virtual pertencentes aos investigados e outras mídias que puderem ser utilizadas na comprovação da materialidade e autoria delitivas. III - DO SEQUESTRO E APREENSÃO DE BENS MÓVEIS Como medida assecuratória, com fundamento no artigo 132 do Código de Processo Penal, acolho a representação pelo sequestro dos veículos automotores listados no ID 42079342, página 5 do PDF, bem como a sua busca e apreensão, caso sejam encontrados, tendo em vista que, conforme fundamentos abaixo transcritos, existem indícios veementes da proveniência ilícita desses bens. Veículo BMW 3201 Gran Turismo, 2014/2015, cor preta, placas FTA-4196, registrado no DETRAN em nome de Debora Zanella Mores Schumacher, CPF 933.394.299-87, porém de propriedade do investigado Gustavo Henrique Jannuzzi Andriolli, CPF 440.344.328-10; constam indícios veementes de que o referido veículo automotor foi adquirido com os lucros auferidos da atividade ilícita de mercancia de animais silvestres (vide informação de polícia judiciária n. 32/2020 (fls.981/984-v)); Veículo Fiat Punto Essence 1.6, 2013/2014, prata, placas FMR-2655, registrado no DETRAN em nome de Rozenilda Alexandre Narcizo, porém de propriedade do marido da nominada, o investigado Eronides Osório Paes de Lira, vulgo "Zé do Pão", CPF 009.798.868-56; constam indícios veementes de que o referido veículo automotor foi adquirido com os lucros auferidos da atividade ilícita de mercancia de animais silvestres (vide informação de polícia judiciária n. 32/2020 (fls.981/984-v)); Caminhonete Toyota Hilux CD 4X4 SRV, 2010/2010, prata, placas NTV-7854, registrado no DETRAN em nome de Rozenilda Alexandre Narcizo, porém de propriedade do marido da nominada, o investigado Eronides Elisário Paes de Lira, vulgo "Zé do Pão", CPF 009.798.868-56; constam indícios veementes de que o referido veículo automotor foi adquirido com os lucros auferidos da atividade ilícita de mercancia de animais silvestres (vide informação de polícia judiciária n.2 32/2020 (fls.981/984-v)); Veículo Fiat Uno/Mille, 2012, cor branca placas HFB-6836/SBC/SP (vide fls. 570): veículo adrede preparado para o transporte de animais silvestres. Tal veículo foi apreendido em 18.10.2020 transportando mais de centena de

filhotes de animais silvestres (vide imagens a fls. 658/660); automóvel registrado no DETRAN em nome de Sidney Oliveira Santos, porém utilizado pelo investigado Eronides Elisário Paes de Lira, vulgo "Zé do Pão", CPF 009.798.868-56 e demais comparsas nas atividades ilícitas de mercancia de animais silvestres (vide informação de polícia judiciária n.2 32/2020 (fls.981/984-v)). DELIBERAÇÕES FINAIS Cumpram-se as seguintes deliberações: 1) Expeçam-se mandados de prisão preventiva, com referência ao Inquérito Policial nº 5001452-55.2019.4.03.6181, em desfavor de ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, vulgo "Zé do Bode"; WILLIAM LIBANIO MINERVINO; SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS; ERONIDES ELIZIARIO PAES DE LIRA, vulgo "Zé do Pão"; MATEUS LEONARDO FRANCA LIRA; SIDNEY OLIVEIRA SANTOS; MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, vulgo "Marquinho do Paraná"; LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO; CLÁUDIA REGINA NORONHA; ADRIANO PEREIRA DE AMORIM; GUSTAVO HENRIQUE JANNUZZI ANDRIOLLI e ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA, acima qualificados. Visando a resguardar o sigilo da operação policial, determino que os mandados de prisão sejam elaborados sob sigilo e, após assinados, que sejam digitalizados e encaminhados ao e-mail institucional da Autoridade Policial. Após o cumprimento das medidas assecuratórias determinadas na presente decisão, registrem-se de modo público todos os mandados de prisão e respectivas certidões de cumprimento no Cadastro Nacional de Presos – BNMP 2.0, bem como, encaminhem-se cópias ao IIRGD e ao NID, para as anotações pertinentes. Providencie a Secretaria para que conste dos mandados de prisão o disposto no inciso II do § 1º do artigo 8º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, devendo a Autoridade Policial providenciar para que o exame de corpo de delito seja realizado na data da prisão pelos profissionais de saúde no local em que a pessoa presa estiver; complementado por registro fotográfico do rosto e corpo inteiro, a fim de documentar eventuais indícios de tortura ou maus tratos. 2) Expeçam-se os mandados de busca e apreensão, com referência ao Inquérito Policial nº 5001452-55.2019.4.03.6181, conforme endereços e dados descritos no item II desta decisão, incluindo-se os veículos objeto de sequestro judicial, descritos no item III desta decisão, fazendo-se constar o afastamento do sigilo de dados, bem como a vedação de encaminhamento de bens ao depósito judicial sem prévia autorização deste Juízo; 3) Quanto ao sequestro dos veículos listados no item III desta decisão, registrem-se as restrições pertinentes no sistema RENAJUD, com referência ao Inquérito Policial nº 5001452-55.2019.4.03.6181. 4) Com a implementação das medidas acima autorizadas e decretadas, retire-se o sigilo deste feito, mantendo-o nos autos principais em virtude da documentação protegida por sigilo legal, sendo autorizada, no inquérito policial, a habilitação dos advogados constituídos dos investigados atingidos pelas medidas acima decretadas mediante juntada de petição ou procuração naquele feito. 5) Pedidos relacionados às medidas acima decretadas serão apreciados neste mesmo processo. 6) Traslade-se cópia desta decisão aos autos principais, e com a deflagração retornem estes conclusos. Dê-se ciência desta decisão ao Ministério Público Federal. São Paulo, data da assinatura eletrônica.

Na mesma linha, as decisões do Juízo Federal da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que, em 04/12/2020 e 18/12/2020, mantiveram a prisão cautelar anteriormente decretada em desfavor do paciente e outros, para garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal, encontram-se, respectivamente, assim fundamentadas (ID's 42947378 e 43573381):

Passo a deliberar em atenção aos pedidos de revogação da prisão preventiva ou substituição por medidas cautelares diversas da prisão formulados em audiência de custódia realizada nesta data acerca do cumprimento dos mandados de prisão preventiva dos investigados ETEVALDO PAES DE LIRA, ADRIANO PEREIRA DE AMORIM, ERONIDES ELIZARIO PAES DE LIRA, ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO, SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS, ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA, LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO, CLÁUDIA REGINA NORONHA, WILLIAM LIBIANIO MINERVINO, GUSTAVO HENRIQUE JANNUZZI ANDRIOLLI e MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA. Entendo que as medidas cautelares de prisão preventiva mantêm-se necessárias pelos fundamentos expostos nas decisões de 25/11/2020 e 02/12/2020, com fundamento da garantia da ordem pública e da conveniência da instrução criminal. Circunstâncias de natureza pessoal alegadas pelos investigados e seus defensores como desempenho de trabalho lícito ou residência fixa ainda que venham a ser comprovadas, não constituem, somente observado nos depoimentos qualificativos em audiência, demonstração de completa incompatibilidade de tal conduta social com a continuidade da prática dos delitos que se busca afastar com a segregação cautelar. Ademais, os autos desta representação foram suficientemente instruídos com provas da materialidade e autoria das condutas delituosas, de maneira que nesta análise inicial prevalece a necessidade de cautela, não havendo prova da desnecessidade da prisão. Assim, INDEFIRO os pedidos de revogação da prisão preventiva ou de sua substituição por medidas que permitam a liberdade, ainda que vigiada, dos investigados. Passo a verificar de ofício, em uma análise diversa, a situação dos investigados LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO e MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, em virtude da excepcional necessidade de medidas para prevenção da doença COVID-19 em meio à pandemia do corrente ano. Foi demonstrado em audiência de custódia que LUIS HENRIQUE é portador de diabetes com consequências graves sobre sua saúde e possui comorbidades que lhe colocam em risco diante de eventual infecção pelo vírus responsável pela doença. Igualmente, foi observado que MARCOS VINÍCIUS contraiu a doença e ainda apresenta sintomas que dão indícios de que está em ciclo contagioso, o que lhe oferece além do risco de eventual complicação sem adequado tratamento, o risco de transmissão contra outras pessoas no sistema carcerário. Assim, em que pese ser a prisão preventiva a medida recomendável em virtude da conduta delitiva e dos fatos, acolho em favor destes investigados o teor da Recomendação n°. 62/2020 do CNJ e CONCEDO a Liberdade Provisória a LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO e MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, com a substituição da prisão pelas seguintes medidas cautelares: Por ambos os investigados: Comprovação do endereço no prazo de 5 (cinco) dias e proibição de mudança sem autorização deste juízo; Recolhimento domiciliar noturno e dias de folga no endereço de residência; Apresentação mensal em juízo por meio telefônico, para informar e manter seus meios de contato atualizados; Proibição da prática de qualquer delito; Ao acusado MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA: Obrigação de manter medidas de isolamento e buscar atendimento da rede de saúde a fim de realizar teste por eventual infecção por Coronavírus/COVID-19 e submeter-se a tratamento se necessário, fazendo comprovação a este juízo no prazo de 10 (dez) dias; Expeça-se o competente alvará de soltura clausulado, servindo como termo de compromisso. Encaminhe-se por meio eletrônico para cumprimento. Após o cumprimento dos alvarás de soltura, retornem os autos conclusos para demais deliberações sobre o processamento do feito. Dê-se ciência ao MPF. São Paulo, data da assinatura. [Assinado eletronicamente por: MARIA ISABEL DO PRADO - 04/12/2020 22:00:43]

Foram apresentados pedidos de liberdade em favor acusados ARLINDO JOSÉ BEZERRA DA SILVA - ID 43001365, SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS - ID 42993891, WILLIAM LIBANIO MINERVINO - ID 43049038, ROBERTO AUGUSTO MARTINEZ FILHO - ID 42907968, MATEUS LEONARDO FRANÇA LIRA - ID 43381864, e LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAUJO e CLAUDIA REGINA NORONHA - ID 43107194. Há, ainda, pedido de transferência de presídio formulado pela defesa do acusado ETEVALDO PAES DE LIRA (ID 43439970). A defesa de SAMUEL, patrocinada pela DPU, alegou, em suma, que a medida de custódia cautelar é de natureza excepcional, devendo restringir-se aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, o que não seria o caso. Destacou, ainda, as provas colhidas na casa do investigado, do tempo decorrido desde a sua prisão, e da existência de dois filhos menores de idade, um deles com apenas 6 meses. A defesa de ARLINDO JOSE BEZERRA, pugnou, em síntese, que em vista das provas colhidas na casa do investigado, da realização do seu interrogatório, e do estado de saúde da sua esposa, sendo a prisão a última medida, absolutamente desnecessária neste caso concreto, requereu a concessão de liberdade provisória. A defesa de WILLIAM, por sua vez, aduziu que o acusado é primário, conforme DVC acostada aos autos, que possui residência fixa e ocupação lícita, conforme comprovante de residência em anexo. E que o acusado não é criminoso permamante. A defesa de ROBERTO asseverou, em síntese, que não há risco à ordem pública se posto o acusado em liberdade, tendo em vista que possui emprego formal lícito, auferindo renda suficiente para manutenção do seu sustento e de sua família. Que possui residência fixa, e não há indícios de que o acusado em liberdade ponha em risco a instrução criminal, a ordem pública e, tampouco, traga risco à ordem econômica. A defesa de MATEUS destacou, em síntese, que o acusado é primário, possui bons antecedentes, e que é cabível ao caso, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. A defesa de LUIS HENRIQUE BATISTA DE ARAUJO e CLAUDIA REGINA NORONHA juntou procuração aos autos, e reiterou pedido de liberdade provisória aos acusados, eis que não coloca em risco a segurança social, a instrução criminal e, no caso de LUIS HENRIQUE, o mesmo sustenta sua família. O MPF, instado a se manifestar, opinou pelo indeferimento dos pedidos (ID 43417253). É o relatório. Decido. De acordo com decisão já proferida por este Juízo, há informações nos autos que os investigados possuem intensa atividade de comércio ilegal de animais silvestres, com fortes indícios de que há continuidade da prática delitiva, o que, decerto, causa danos imensuráveis ao meio ambiente. Os argumentos sustentados pelas defesas não se prestam a alterar a situação fática dos acusados, eis que não há documentos ou fatos novos nos autos que justifiquem tais modificações. Destarte, a prisão conserva-se, de fato, necessária à conveniência da instrução criminal, bem como para a garantia da ordem pública, eis que há elementos concretos que possam aferir eventual reiteração delitiva por parte dos acusados. Há, ainda, a existência da materialidade do crime, e indícios suficientes de autoria. Assim, pelas razões expostas, INDEFIRO OS PEDIDOS DE LIBERDADE PROVISÓRIA formulados pelas defesas dos acusados. No tocante ao pedido de transferência formulado pelo acusado ETEVALDO PAES DE LIRA (ID 43439970), faço as seguintes ponderações. Anoto que não há demonstração, pela defesa do acusado, seja por documentos, ou por outro meio, de real necessidade de transferência do preso à outra unidade prisional, ou mesmo de eventual risco à integridade física do acusado. Portanto, ao menos em tese, o estabelecimento prisional atende à finalidade de manutenção do preso provisoriamente. Por outro lado, trata-se de matéria de competência administrativa, sob responsabilidade dos governos estaduais e respectivas políticas criminais, não cabendo, sem razão legal, interferência judicial em tal matéria discricionária. Desta forma, manifesto que não existe oposição do juízo da 5ª Vara Federal Criminal em São Paulo à transferência do réu ETEVALDO PAES DE LIRA para o Presídio Desembargador Augusto Duque, na cidade de Pesqueira-PE, ficando a critério da autoridade administrativa penitenciária do Estado do Pernambuco, e indefiro o pedido de determinação judicial para tal providência. Intimem-se. São Paulo, data da assinatura eletrônica [Assinado eletronicamente por: MARIA ISABEL DO PRADO - 18/12/2020 14:58:18]

A prisão preventiva está suficientemente fundamentada, não havendo de se cogitar flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente ou tampouco violação dos princípios da motivação, contraditório, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e presunção de inocência nas decisões impugnadas em comento.

No tocante aos pressupostos da prisão preventiva, entendo existir prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, em sintonia com a decisão que recebera a presente denúncia.

Já no que se refere ao *periculum libertatis*, extrai-se das decisões impugnadas que a prisão preventiva se justificou, de fato, diante da necessidade de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal *in caso*.

Segundo a autoridade impetrada, o risco à ordem pública e à aplicação da lei penal estaria evidenciado pela gravidade concreta das condutas imputadas ao paciente (venda ilícita massiva de animais silvestres, reconhecidamente capazes de transmitir zoonoses aviárias, viroses e bactérias a seres humanos, conforme Parecer n. 001/2020-NUCRIM/SETEC/PF/SP - ID 150207761, em possível associação criminosa com outros investigados no âmbito da Operação Urutau 1 e 2, tendo sido desta vez apreendidos em poder do paciente, em 04/12/2020, cerca de vinte pássaros silvestres, todos sem autorização ou identificação, em aparente situação de maus-tratos no interior de sua própria residência localizada em Diadema/SP), aliada à inequívoca reiteração delitiva do paciente, o qual alegou, na ocasião da lavratura do Termo Circunstanciado n. 0001/2020-13/SR/PF/SP em 04/12/2020, ainda estar cumprindo “pena de prestação de serviço comunitário em razão de crime ambiental, posse de passeriformes sem autorização”, relativamente a infração anterior (“Antecedentes e Conduta Social” - ID 150207767).

Em que pese os crimes narrados na presente denúncia tenham sido, em tese, praticados pelo paciente sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, as circunstâncias já apontadas pela autoridade impetrada, de fato, evidenciam a gravidade concreta da conduta e permitem, ao menos em um juízo perfunctório, a decretação da prisão preventiva como forma de resguardar a ordem pública e a conveniência da instrução criminal na hipótese, frente ao inequívoco risco de reiteração delitiva, na forma do artigo 312, *caput*, e 313, ambos do Código de Processo Penal, nada obstante a ocorrência de estado de calamidade pública nacional devido à pandemia do vírus COVID-19 genericamente alegado pela impetrante, sem avaliar a situação específica do paciente e do ambiente carcerário em que já se encontra recolhido, considerando as disposições da Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

A propósito, a manifesta probabilidade de reiteração delitiva, fundada em elementos concretos, é circunstância que autoriza a segregação cautelar como forma de garantir a ordem pública, independentemente da eventual demonstração de que o paciente exerça atividades lícitas, possua família constituída e endereço fixo.

Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de quaisquer medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, porquanto insuficientes para resguardar a ordem pública e a conveniência da instrução criminal, na presente hipótese.

Ante o exposto, indefiro a medida liminar requerida pelo impetrante.

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

P.I.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.