



TRF - 2ª Região

INFOURInformativo de
Jurisprudência**ACÓRDÃOS EM DESTAQUE**

1ª TURMA ESPECIALIZADA: Estelionato previdenciário praticado por terceiro diferente do beneficiário e a prescrição

2ª TURMA ESPECIALIZADA: “Mula de tráfico” e a aplicação do índice máximo de redução de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06

3ª TURMA ESPECIALIZADA: O crédito presumido do ICMS não integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL

4ª TURMA ESPECIALIZADA: Dissolução irregular e o termo a quo da prescrição, em caso de redirecionamento de execução fiscal

5ª TURMA ESPECIALIZADA: Responsabilidade civil: danos morais e a pessoa jurídica de direito público

6ª TURMA ESPECIALIZADA: Inoponibilidade de exceção pessoal ao credor de contrato bancário feita por sócio, avalista do devedor

7ª TURMA ESPECIALIZADA: Descabimento de restituição, através de rescisória, de valores oriundos de decisão transitada em julgado e recebidos de boa-fé

8ª TURMA ESPECIALIZADA: City gates – distribuição de royalties à luz da Lei nº 12.734/12 e a ADI 4.917

APELAÇÃO CRIMINAL - 5001880-37.2018.4.02.5102

Decisão em 17/06/2020- Disponibilização no e-DJF2R de 19/06/2020

Relator: Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIE - 1ª Turma Especializada

[volta](#)

Estelionato previdenciário praticado por terceiro diferente do beneficiário e a prescrição

Trata-se de apelação criminal interposta por despachante, em face de sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva para absolver beneficiária de benefício de prestação assistencial, da imputação de prática da conduta tipificada no art. 171, § 3º, do Código Penal e condenar a ora apelante, como incurso nas penas do mesmo tipo, a 3 anos e 4 meses de reclusão e 214 dias-multa.

O parquet narrou em sua denúncia que, no dia 05/03/2010, a beneficiária, tendo como procuradora a despachante-apelante, formulou requerimento de Benefício de Prestação Continuada Assistencial à Pessoa Idosa. No mesmo dia lhe foi deferido o benefício com base em informações falsas referentes à composição de seu núcleo familiar, visto que afirmou desconhecer o paradeiro de seu cônjuge, com vistas a excluir seus rendimentos no cálculo da renda per capita. Recebeu dito benefício por mais de 4 anos, causando prejuízo ao erário no valor de R\$ 37.259,50.

O sentenciante entendeu não haver nos autos elementos capazes de fornecer um juízo de certeza que permitisse identificar que a beneficiária tenha praticado ou concorrido, consciente e voluntariamente, para o estelionato perpetrado (ainda que tenha assinado procuração que dava poderes à despachante para requerer benefícios). E, apesar de ter percebido, indevidamente, o benefício assistencial, o MP não logrou comprovar que ela estivesse cônica da falsidade da declaração, e que tenha agido em conluio com a corrê para sua obtenção. Asseverou que o elemento subjetivo do tipo, que é ônus da acusação, não restou demonstrado e, por via de consequência, absolveu a beneficiária.

Já, com relação à despachante/procuradora, declarou não restar, nos autos, controvérsia com relação à autoria e ao dolo. Ademais, evidenciou que a ré foi condenada várias vezes por fraude na concessão de benefícios previdenciários/assistenciais.

A sentença, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis à procuradora, fixou o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de

liberdade que, ao final, foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consubstanciadas em prestação pecuniária e em serviços à comunidade.

A defesa da acusada, irresignada, interpôs apelação arguindo, em preliminar, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva e, no mérito, requereu absolvição sob o fundamento de ausência de elementos comprobatórios de autoria.

O relator, desembargador federal Antonio Ivan Athiê principiou seu voto evidenciando prevalecer no âmbito do STF e do STJ o posicionamento de que o crime do art. 171, § 3º, do Código Penal, quando praticado por terceira pessoa diferente do beneficiário da vantagem indevida, tem natureza de crime instantâneo com efeitos permanentes. Dessa feita, o termo a quo do prazo prescricional ocorre com o pagamento da primeira parcela do benefício.

Esclareceu ser essa a circunstância da apelante que foi denunciada por requerer o benefício previdenciário, fraudulentamente, na condição de procuradora da corré.

Visando a corroborar esse entendimento, colacionou julgados dos tribunais supracitados.

Destarte, esclareceu que a primeira parcela foi paga à beneficiária em 01/04/2010, a denúncia foi recebida em 13/09/2018 e a sentença condenatória, que fixou a pena privativa de liberdade em 3 anos e 4 meses, foi publicada em 18/02/2019, sujeitando-se ao prazo prescricional de 8 anos.

Diante do exposto, o relator concluiu que a pretensão punitiva estatal foi abatida pela prescrição, visto que transcorridos mais de 8 anos entre o fato delitivo e o recebimento da denúncia, nos termos do art. 110, § 1º, do CP, em sua redação originária.

Votou, portanto, pelo provimento do recurso para declarar extinta a punibilidade da recorrente.

Em voto-vista, o desembargador federal Paulo Espírito Santo votou no sentido de acompanhar o relator.

Em voto divergente, o desembargador Abel Gomes declarou-se no sentido de manter a condenação imposta no decreto condenatório de piso e não reconhecer a prescrição.

Conforme a compreensão do desembargador, os fatos narrados não se adequam à jurisprudência firmada sobre a fraude praticada por terceiro do art. 171, § 3º, evidenciada pelo relator no início de seu voto.

Ao analisar os documentos acostados ao inquérito policial, confirmou que o benefício era pago através de saque com cartão magnético e que a procuração outorgada à recorrente lhe dava poderes para requerer benefícios, pedir revisões e interpor recursos, em razão da impossibilidade

de locomoção da beneficiária, o que vai ao encontro das declarações prestadas no bojo do processo administrativo, instaurado no âmbito do INSS.

Prosseguiu avaliando que a beneficiária declarou desconhecer o direito de requerer o benefício concedido, além de não reconhecer sua assinatura no requerimento deste, na procuração ou na declaração sobre o desconhecimento do paradeiro de seu esposo. Declarou, ainda, não conhecer a corré e nunca ter residido no endereço que a recorrente informou ao INSS.

Elucidou o desembargador que o marido da beneficiária foi à delegacia apresentar os laudos médicos indicativos da impossibilidade de comparecimento da investigada para prestar esclarecimentos. Também explanou que o endereço constante como de residência da beneficiária coincide com o endereço fornecido pela despachante, por ocasião de seu interrogatório.

Por conta de todo o exposto, o desembargador concluiu que o prazo prescricional deve ser contado a partir do recebimento da última parcela, na hipótese em análise e, divergindo dos seus pares, votou no sentido de negar provimento ao recurso defensivo por não reconhecer a extinção na punibilidade da recorrente.

A 1ª Turma Especializada decidiu, por maioria, dar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Referências:

STF: HC 112095 (DJe 07/11/2012);

STJ: AgRg no AREsp (DJe 12/04/2018).

APELAÇÃO CRIMINAL - 5000592-23.2019.4.02.5101

Decisão em 09/02/2020 - Disponibilização no e-DJF2R de 13/02/2020

Relator: Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER - 2ª Turma Especializada

[volta](#)

“Mula de tráfico” e a aplicação do índice máximo de redução de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06

Cuida-se de apelação criminal interposta por acusado, contra sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia para condená-lo a quatro anos, seis meses e 13 dias de reclusão e 454 dias-multa, em regime semiaberto.

O ora apelante foi flagrado no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, ao embarcar em voo com destino a Frankfurt, na Alemanha, carregando no fundo de suas duas malas 6,48 kg de cocaína. Quando intimado, não compareceu à instrução de julgamento designada – em função de haver contra ele mandado de prisão em aberto, o qual só foi cumprido posteriormente -, motivo pelo qual foi considerado revel e teve seu interrogatório em sede policial considerado para corroborar o conjunto probatório. Nesta ocasião, ele informou que conheceu determinada pessoa em Foz do Iguaçu, que lhe ofereceu a quantia de R\$ 5.000,00 para que transportasse o entorpecente para o país europeu.

Na sentença, a juíza competente, considerando a materialidade e a autoria delitiva, condenou o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, constante no art. 33 da Lei 11.343/06 – que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

Na dosimetria da pena, fixou-se a primeira fase em sete anos de reclusão, ultrapassando o mínimo legal, em razão da quantidade e alto potencial lesivo da droga traficada. Na pena provisória aplicou-se a atenuante de confissão, no correspondente de 1/6. Quanto à pena definitiva, incidiu-se a majorante também de 1/6, em virtude da transnacionalidade do delito, bem como entendeu presente a minorante inscrita no § 4º do dispositivo retrocitado, no valor de 1/3, devido ao bom comportamento do infrator e seus bons antecedentes, alcançando assim a pena aplicada, já aludida.

Em sede recursal, o réu pleiteou a ocorrência de erro de tipo (art. 20, do Código Penal), ao argumento de que não participara do processo de ocultação da substância e fora induzido por terceiro a praticar o crime. Ademais, impugnou a punição aplicada, arguindo que a pena base deveria manter-se no mínimo, haja vista que as circunstâncias do crime e as drogas

apreendidas “não destoam de certo padrão comum no estado do Rio de Janeiro”. Já, acerca da segunda fase, solicitou a atenuante de confissão e a redução da pena intermediária abaixo do mínimo legal. No que se refere à terceira fase de aplicação, demandou o reconhecimento da causa de diminuição por colaboração e esclarecimento sobre partícipe do crime (art. 41 da Lei de Drogas) e pela aplicação do máximo legal da minorante já empregada. Alegou, ainda, que o valor da multa aplicada é desproporcional à pena privativa de liberdade (PPL). Finalmente, requereu a fixação do regime inicial aberto, a substituição da PPL, por pena restritiva de direitos (PRD) e a revogação da prisão preventiva, bem como a concessão da gratuidade de justiça.

O Ministério Público Federal contrarrazoou, pugnando pelo não provimento do recurso e, na condição de custos juris, opinou pela manutenção da decisão de piso.

Em seu voto, a relatora, desembargadora federal Simone Schreiber, manifestou-se, de plano, pela presença de materialidade do crime e autoria delitiva. De igual modo, declarou a não ocorrência de erro de tipo determinado por terceiro, dada a ausência de equívoco referente a quaisquer elementos do tipo penal e à constatação de que a mera existência de um coautor do crime não teria proporcionado ao réu uma falsa percepção da realidade.

No tocante à dosimetria da pena, asseverou dever manter-se inalterada a primeira fase, em função das circunstâncias judiciais presentes. Apontou que os tribunais pátrios entendem que, inclusive, quantidades menores que as apreendidas não podem ser consideradas ínfimas (pois têm o potencial de atingir um número considerável de consumidores). Além disso, reiterou o alto potencial lesivo da cocaína.

De igual sorte, entendeu pela permanência da pena provisória no patamar estabelecido em 1ª instância, tendo em vista que a magistrada ponderou a atenuante em 1/6, valor reconhecido como paradigma para elevação ou redução da pena na segunda fase e, ainda que haja a possibilidade de estabelecer-se patamar diverso do aplicado, não visualizou justificativa para tal, no caso em comento. Em reforço ao estabelecido, trouxe à baila decisão do STJ em idêntico sentido.

Todavia, no concernente à pena definitiva, objetou o quantum da causa de diminuição aplicada (1/3), afirmando que o combate mais severo ao tráfico internacional já foi sopesado pelo legislador na incidência da majorante do art. 40, I, da Lei de Drogas, em função do transporte entre países. Concluiu, portanto, pela ocorrência da minorante aludida em seu máximo (2/3), posto que a conduta do réu é típica de “mula do tráfico” – pessoa

arregimentada por quadrilhas de tráfico internacional de entorpecentes somente para o transporte da droga.

Ainda nessa última fase de cálculo, no tocante ao pedido da redução prevista no art. 41, da legislação supradita (causa de diminuição por colaboração) declarou a desembargadora que, embora o acusado tenha fornecido o nome e contato telefônico do indivíduo que, supostamente, ofereceu-lhe dinheiro, não há qualquer indício de que tais informações tenham resultado em sua identificação, restando incabível o reconhecimento da minorante.

Por fim, fixou a pena em dois anos, três meses, seis dias e 226 dias-multa. Em decorrência do novo quantum de pena, alterou o regime inicial de seu cumprimento, substituindo a privativa de liberdade por restritiva de direito.

A julgadora alegou, nesse concernente, que, apesar de ter sido considerada determinada circunstância judicial para aumentar a pena-base, a quantidade e a natureza do entorpecente não se mostram suficientes, em sua compreensão, para a fixação de um regime mais gravoso, uma vez que as demais circunstâncias são favoráveis ao recorrente. Optou, assim, pelo regime inicial aberto de cumprimento.

Outrossim, com base na mesma fundamentação, posicionou-se no sentido de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Mencionou, também, que conquanto tenham se passado 3 meses entre a revogação da liberdade provisória e a nova prisão preventiva do acusado, não evidenciou, a desembargadora, tentativa de evasão, por parte do acusado, da aplicação da lei penal. Em conclusão, ressaltou o compromisso do poder judiciário em, sempre que possível, aplicar sanções diversas da privativa de liberdade, visto os alarmantes números da população carcerária brasileira. Desta forma, substituiu a PPL inicial, por duas restritivas de direito, de igual duração, a serem fixadas pelo juízo da execução.

Em concordância com o princípio da adequação (art. 282, II, do Código de Processo Penal) - o qual veda a aplicação de qualquer medida cautelar mais gravosa ao réu do que aquela que lhe seria aplicada, caso condenado -, revogou a prisão preventiva.

Em divergência, o desembargador federal Marcello Granado expôs que, apesar de convergir com a relatora quanto à manutenção da condenação do réu pela prática do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06, difere de seu entendimento quanto à aplicação em patamar máximo da minorante prevista no art. 40, I, da Lei de Drogas, que resultou numa pena privativa de liberdade mais branda, sua substituição por duas restritivas de direito, regime inicial aberto e revogação da cautelar do réu. Desta forma, afirmou que tal redução não

atende à finalidade da própria reprimenda penal, consubstanciada na prevenção geral, “necessidade legítima inerente ao Estado Democrático de Direito”.

A corroborar sua percepção, apresentou dados do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), que demonstram grande aumento de dependentes químicos em todo o mundo, bem como o crescimento do número de pessoas que usaram drogas ao menos uma vez, além dos óbitos relacionados a seu consumo – com um acréscimo de 60% de 2000 a 2015.

Similarmente, mencionou estimativa de 2017 da OMS de que haveria cerca de meio milhão de mortes anuais relacionadas ao consumo de drogas. Prosseguiu, baseado nos dados do UNODC, afirmando que, embora os grupos socioeconômicos mais abastados tenham maior propensão para iniciar o consumo de drogas, seriam os menos favorecidos, mais vulneráveis e com maior tendência a tornarem-se dependentes químicos, como ocorre nas “cracolândias”. Correlacionou, também, o uso de narcótico à inclinação ao contágio de determinadas doenças, tais quais a AIDS e a Hepatite C, destacando, por fim, como consequência disso, a estigmatização e a exclusão social e os efeitos que delas decorrem.

De mais a mais, salientou a relação entre o tráfico de drogas e a violência, exemplificando o Rio de Janeiro e asseverando a necessidade do reconhecimento da Lei nº 11.343/2006 como uma tutela jurídica também à segurança pública. Apresentou, ainda com base em dados do UNODC, a análise de que a intensidade da violência relacionada à droga é maior quando associada à sua comercialização.

A robustecer sua perspectiva, apresentou o entendimento de Michel Misse – doutor em sociologia e professor da UFRJ (na qual coordena o Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana) que relacionou o incremento da violência na cidade do Rio de Janeiro ao tráfico de drogas, com destaque à cocaína.

Acrescentou o julgador que organismos internacionais apontam o Brasil, não apenas como um grande consumidor, porém, como uma ponte estratégica, por onde as drogas produzidas em países vizinhos, escoam para outros continentes. À vista disso, frisou a importância das “mulas” para o sistema do tráfico.

Nesse diapasão, arguiu ser um equívoco advogar sanção penal diminuta, já que a lei supramencionada buscou agravar a resposta penal ao crime em questão, a partir do acréscimo da pena mínima prevista.

Reforçou a compreensão da necessidade de se tratar as “mulas” com maior rigor, fundamentado em relatório da Fundação de Defesa da Democracia e no pensamento do

cientista político Guaracy Mingardi - que trabalhou na Secretaria Nacional de Segurança Pública - em razão de serem aquelas, elas importantes que alicerçam o tráfico de drogas para facções criminosas como o PCC.

Sustentou, também, que a imputação de uma pena branda a tais pessoas que realizam a circulação da droga, pode “surtir até mesmo como incentivo para os espíritos desavisados e mais obstinados”. E, ainda que esse crime esteja diretamente relacionado ao aumento da população carcerária, assegurou que não se deve empregar esse argumento para a atenuação sistemática das PPL.

Para mais, declarou que, no caso em comento, de acordo com o interrogatório, em sede policial, do ora apelante, não restou dúvidas de sua ciência sobre estar a serviço de uma organização criminosa voltada para o tráfico internacional de cocaína, no momento que cometera o crime, embora tenha o desembargador considerado ausente o dolo específico em associar-se à tal organização de maneira estável.

Em contrapartida, estabeleceu que, não obstante por um curto período de tempo, o acusado dela participou, o que bastaria por si só para não restar preenchida a quarta condição da minorante, contida no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, visto que para sua aplicação é necessária a presença dos quatro requisitos elencados no dispositivo, cumulativamente. No entanto, destacou, que a jurisprudência do STF e STJ reconhece o cabimento de tal aplicação em seu mínimo patamar.

Deste modo, em consonância com o entendimento exposto, desproveu o recurso da defesa, a fim de manter a decisão de primeira instância em sua integralidade.

A 2ª Turma Especializada desta corte decidiu, por maioria, vencido o desembargador federal Marcello Granado, dar parcial provimento à apelação criminal, nos termos do voto da relatora, Simone Schreiber, secundada pelo desembargador federal André Fontes.

Referências:

STF: HC 115149 (DJe 02/05/2013); HC 134597 (DJe 09/08/2016);

STJ: AgRg no HC 501180 (DJe 10/09/2019); AgRg no Ag em REsp 911058 (DJe 23/06/2017); AgRg no Resp 1253755 (DJe 12/11/2019).

APELAÇÃO CÍVEL – 0185028-76.2017.4.02.5101 (2017.51.01.185028-9)

Decisão em 28/04/2020 - Disponibilização no e-DJF2R em 22/05/2020

Relator: Desembargadora Federal CLAUDIA NEIVA - 3ª Turma Especializada

[volta](#)

O crédito presumido do ICMS não integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL

Trata-se de recurso de apelação interposto por empresa de transporte aquaviário, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, em face da sentença que julgou improcedente o pedido para que a autoridade impetrada se abstenha de exigir a inclusão do valor do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, bem como que não imponha qualquer restrição à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título, observada a prescrição quinquenal, devidamente atualizados, e com a incidência da Taxa SELIC, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

O valor em disputa foi creditado por força do convênio ICMS 106/96, que importou em recurso disponibilizado pelo Estado do Rio de Janeiro à impetrante, criando incentivo fiscal cuja finalidade é beneficiar os prestadores de serviço de transporte, com exceção do transporte aéreo.

A impetrante alegou em sua exordial que o valor correspondente ao crédito presumido do ICMS não tem natureza de lucro e, portanto, seria descabida sua incidência sobre o IRPJ e a CSLL.

Ao apreciar o tema, o juiz de piso inferiu que o crédito presumido de ICMS tem natureza de receita, por se tratar de um benefício econômico consubstanciado em redução de passivo, que resulta em aumento de patrimônio líquido. Na sentença, que negou a segurança pretendida, pontuou que a empresa auferiu um ganho real, na medida em que se credita do valor apurado e o utiliza para quitar débitos do ICMS. Prosseguiu, apontando que, ao diminuir custos e despesas, o contribuinte aumenta, indiretamente, o lucro tributável.

Diante da rejeição da segurança, a empresa interpôs apelação. Em suas razões, aduziu a recorrente que: I) nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.517.492, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento de que o valor do crédito presumido de ICMS não integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL; II) o crédito presumido de ICMS para empresas de transporte aquaviário corresponde ao efetivo benefício

fiscal concedido pelos Estados-Membros como meio de criar equilíbrio de mercado entre empresas estabelecidas em outros Estados e que gozam de benefícios regionais específicos, reduzindo-se a carga fiscal correspondente ao ICMS; III) trata-se de crédito escritural, que comporá a sua conta gráfica do ICMS, a qual, do ponto de vista contábil, representa uma recuperação de custo, não consistindo em receita nova, renda ou lucro, oriunda do exercício da atividade empresarial do contribuinte, inexistindo, a esse título, manifestação de riqueza passível de incidência de outros tributos, como é o caso do IRPJ e da CSLL; IV) este conceito se tornou ainda mais latente em 22/11/2017, quando foi promulgada a derrubada de vetos presidenciais aos artigos 9º e 10 da Lei Complementar nº 160/2017; V) os referidos dispositivos trazem em seu bojo a intenção de desonerar os incentivos fiscais de ICMS de tributos federais, a partir do reconhecimento de que estes, em qualquer cenário, deveriam ser reconhecidos como subvenção para investimento e não subvenção para custeio; VI) no julgamento do RE no 574.706/PR, submetido à sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de afastar a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a fundamentação de que o valor do imposto constitui mero ingresso de caixa, não integrando, por via de consequência, o patrimônio do contribuinte, devendo ser aplicado à hipótese dos autos o mesmo raciocínio; VII) a inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IPRJ e da CSLL caracteriza como lucro o valor correspondente ao imposto estadual (que é objeto de renúncia da parte dos Estados-Membros) desnaturando a verdadeira característica de subvenção desses valores.

Por ocasião do voto, a relatora, desembargadora federal Claudia Neiva, realçou cingir-se a controvérsia à inclusão ou não do crédito presumido de ICMS, decorrente de programa de incentivo do Estado do Rio de Janeiro, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Asseverou ser assente no STJ o posicionamento de que o crédito presumido de ICMS concedido pelos Estados-Membros configura incentivo voltado à redução de custos, não assumindo natureza de receita ou faturamento, daí não compor a base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS.

Colacionou diversos julgados que evidenciam a mudança de posicionamento do STJ que, anteriormente, entendia que o crédito presumido do ICMS caracterizava diminuição de custos e despesas, e o oblíquo aumento do lucro tributável, devendo compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Já o atual entendimento, posterior ao julgamento do EREsp nº 1.517.492, fixou a tese de que tal crédito não tem natureza de receita ou faturamento, impossibilitando sua inclusão nas referidas bases de cálculo.

Salientou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal submeteu o tema de inclusão da mencionada verba nas bases impositivas do IRPJ e da CSLL, na sistemática da repercussão geral, sem determinar a suspensão do processamento de processos pendentes, a que se refere o art. 1.035, § 5º do CPC.

Esclareceu, a esse respeito, que a 1ª Seção do STJ, apreciando os embargos de divergência nº 1.517.492/PR, firmou entendimento de que o ICMS presumido não integra a base de cálculo do IRPJ e do CSLL, por entender que tal incidência implica interferência indevida da União Federal na política fiscal adotada pelos Estados-Membros, em violação ao princípio federativo e à segurança jurídica.

Salientou a desembargadora que, conforme consignado no julgado supramencionado, o valor do crédito presumido do ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, configurando mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos, não constituindo renda ou lucro da empresa, sendo de rigor, excluí-lo das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Visando a corroborar esse entendimento, colacionou diversos julgados do TRF4 e TRF2.

No que tange à compensação (restrita ao montante pago no período de 05 anos anteriores ao ajuizamento da ação), determinou que seja realizada na forma do artigo 74 da Lei nº 9.430/97, com a redação em vigor à época do ajuizamento da ação, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 170-A do CTN, com tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com a exceção das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91, diante do disposto no parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 11.457/07, que se encontrava em vigor quando do ajuizamento da ação, no sentido de que o art. 74 da Lei nº 9.430/96 não é aplicável às aludidas contribuições, conforme determinado na sentença.

Nesse diapasão, aludiu que a 1ª Seção do STJ, ao julgar o REsp nº 1.137.738/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, firmou posicionamento no sentido de que o regime jurídico a ser considerado para fins de compensação tributária deve ser o vigente à época do ajuizamento da ação, 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.

Em referência aos critérios de atualização do indébito, uma vez que os créditos a serem compensados são posteriores à vigência da lei nº 9.250/95, deverão ser acrescidos apenas

da taxa SELIC, que abrange a correção monetária e os juros, e terão como termo a quo a data do pagamento indevido.

Ante o exposto, a relatora deu provimento à apelação para julgar procedente o pedido no que foi acompanhada, à unanimidade, pela 3ª Turma Especializada do TRF2.

Referências:

STF: RE 566621 (DJe 11/10/2011); RE 835818 (DJe 23/03/2017);

STJ: AgInt no REsp 1606998 (DJe 19/12/2017); AgInt no REsp 1619595 (DJe 24/10/2018); EREsp 1517492 (DJe 01/02/2018); REsp 1137738 (DJe 01/02/2010); REsp 1269570 (DJe 04/06/2012) ; REsp 1758544 (DJe 16/11/2018);

TRF2: AC 50157688520184025001 (01/02/2020);

TRF4: AG 50500320820194040000 (DJe 05/02/2020); 50134429720184047200 (DJe 06/02/2020); 50311402820184047100 (DJe 19/11/2019).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025037-37.2017.4.02.5110 (2017.51.10.025037-1)

Decisão em 08/04/2020 - Disponibilização no e-DJF2R de 15/04/2020

Relator: Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES - 4ª Turma Especializada

[volta](#)

Dissolução irregular e o termo a quo da prescrição, em caso de redirecionamento de execução fiscal

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Drogarias Pacheco S/A contra sentença proferida em embargos à execução fiscal ajuizada pela União Federal.

Os embargos objetivavam a exclusão da recorrente do polo passivo da execução, sob a alegação da inoccorrência de sucessão tributária.

O magistrado de piso julgou improcedentes os embargos sob o fundamento da presença de sucessão empresarial, em função da aquisição do fundo de comércio.

A empresa recorreu e, em suas razões, alegou: i) apenas ocupar o endereço anteriormente utilizado pela devedora identificada na CDA, sendo que a utilização de mesmo endereço e o exercício de idêntica atividade comercial não seriam suficientes a dar causa à sucessão empresarial; ii) continuidade das atividades da executada (Drogaria Descontão de Caxias Ltda.) em outro endereço; iii) jurisprudência firmada do TRF2 no sentido da impossibilidade de sucessão de dívida que não se origina do fundo de comércio ou do estabelecimento comercial; iv) ausência de inclusão do nome da recorrente na CDA; v) ocorrência de prescrição, pois a citação da devedora original ocorreu em 09/03/2009 e o pedido de redirecionamento da ação em face da recorrente somente teria sido formulado em 26/03/2015.

O relator, desembargador federal Luiz Antonio Soares evidenciou que a execução fiscal foi ajuizada em 08/09/2008 e a citação em 09/03/2009. Por ocasião da realização da penhora, em 17/11/2014, o oficial de justiça verificou que a Drogaria Descontão de Caxias Ltda não funcionava mais naquele endereço, sendo que o imóvel era ocupado, então, pela recorrente. Uma vez não encontrada a executada original no local, foram considerados presentes os indícios de dissolução irregular e formulado, em 26/03/2015, o requerimento de redirecionamento da execução fiscal em face da sucessora, Drogaria Pacheco S/A.

O julgador esclareceu que o STJ tem posição consolidada no sentido de que o termo inicial da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal para o corresponsável é a citação da empresa executada original.

Contudo, realçou como indispensável, na análise da consumação da prescrição, levar-se em conta o momento em que se abre para o exequente a possibilidade de exercer a pretensão de redirecionamento. Portanto, se a possibilidade de tal redirecionamento somente se deu após a citação da primeira executada, é a partir desse momento que deve ser contado o prazo prescricional, de acordo com a teoria da actio nata.

Visando a corroborar sua compreensão sobre o tema, o relator trouxe à baila o REsp nº 1683513, da lavra do Ministro Herman Benjamin, no qual este esclarece que: “a prescrição pressupõe, lógica e necessariamente, violação de direito e, cumulativamente, a existência da pretensão a ser exercida. Na ausência de um único destes elementos, não há fluência de prazo prescricional”.

Nesses termos, frisou que, no caso em análise, o prazo prescricional para o redirecionamento da execução somente se iniciou a partir da ciência da exequente a respeito dos indícios de dissolução irregular da executada originária, que se deu em 16/12/2014. Como o pedido de inclusão da recorrente foi formulado em 26/03/2015, concluiu o magistrado pela inoccorrência de prescrição.

Já no que tange à sucessão empresarial, evidenciou que de acordo com a cópia do contrato de compra e venda juntado aos autos, ficou convenionado que: i) os contratos de locação celebrados pela vendedora (Rede Descontão) seriam transferidos para o nome da compradora (Drogarias Pacheco S/A), sendo os pontos de venda transferidos de forma gradual, conforme ajustadas as transferências dos contratos de aluguel dos imóveis; ii) recebido, conferido e estabelecido o valor do estoque de cada ponto comercial, o seu pagamento seria feito pela compradora à vendedora 120 dias contados da assinatura do contrato; iii) a venda dos 107 pontos de venda integrariam os seguintes bens: a) móveis e utensílios e instalações; b) equipamentos de informática; c) fundo de comércio; d) marcas e patentes, especialmente o título “Descontão”; e) equipamentos de ar refrigerado e de telefonia; f) todo e qualquer bem móvel que se apresente necessário ao funcionamento dos pontos de venda.

Destarte, prosseguiu, declarando ser inconteste a aquisição do fundo de comércio pela recorrente e restar esvaziado o argumento de que teria ocorrido apenas o aluguel de imóvel utilizado pela empresa antecessora.

Desnecessário, na compreensão do relator, a inclusão do nome da recorrente na CDA, quando do ajuizamento da execução fiscal, vez que não se trata de responsabilidade do contribuinte, mas de sucessão tributária baseada no binômio aquisição do fundo de comércio e dissolução irregular da empresa, que impediu a cobrança em relação ao devedor original.

Finalizou, esclarecendo não haver nos autos evidências de que a vendedora do fundo de comércio teria mantido seu funcionamento.

Ex positis, a 4ª Turma Especializada, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator.

Referências:

STJ: REsp 1807394 (DJe 18/06/2019); REsp 1683513 (DJe 11/10/2017).

APELAÇÃO CÍVEL - 5013022-41.2018.4.02.5101

Decisão em 24/08/2020 - Disponibilização no e-Proc

Relator: Desembargador Federal ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES - 5ª Turma Especializada

[volta](#)

Responsabilidade civil: danos morais e a pessoa jurídica de direito público

Trata-se de apelação interposta pelo BANCO DO BRASIL S/A, objetivando a reforma da sentença de parcial procedência proferida nos autos de demanda ajuizada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro – CREMERJ – em face do apelante, visando sua condenação ao pagamento de danos materiais e morais, tendo em vista a falha na prestação de serviços, relacionada à emissão de boletos para pagamento de anuidades.

O CREMERJ narrou em sua inicial, que celebrou com o BB, em 12/12/2017, termo de adesão às cláusulas gerais do contrato único de prestação de serviços, com vistas à emissão de boletos de cobrança de anuidade de seus inscritos, médicos registrados como pessoas físicas e jurídicas. Objetivava dar efetividade ao início da cobrança das anuidades relativas ao ano de 2018, evitando a reincidência dos percalços sofridos no exercício de 2017, quando vários boletos foram emitidos de forma equivocada. E que, em 04/01/2018, o réu-recorrente o informou quanto à inviabilidade técnica na emissão de 70.250 boletos, cuja data limite de postagem seria o dia 20/01/2018.

Em virtude desse fato, prosseguiu relatando, o Conselho contratou, emergencialmente, a empresa Ômega Engenharia de Software, em 08/01/2018. Nada obstante às providências tomadas, vários médicos receberam os boletos, emitidos pelo réu, com informações incompletas e postadas, em alguns casos, após a data do vencimento, gerando inúmeros questionamentos dos inscritos, que receberam boletos em duplicidade e informações divergentes, circunstância que provocou um colapso nos canais de atendimento do CREMERJ. Decidiu o Conselho, por fim, divulgar e esclarecer a ocorrência, em jornais de grande circulação, ofertando o ressarcimento dos valores pagos indevidamente.

Ante o prejuízo financeiro e institucional, ajuizou ação ordinária, com vistas à compensação dos desembolsos efetuados, em consequência da conduta praticada pelo banco réu.

Afirmou ter sofrido prejuízo material de R\$ 70.798,16 referente à contratação da empresa terceirizada, publicações em jornais e ressarcimento dos valores pagos pelos médicos nos boletos enviados pelo réu. Também declarou ter vivenciado dano moral, diante do dano institucional e da

insegurança trazida pela conduta do réu, pleiteando compensação dessa ordem, no valor de 40 salários mínimos.

Ao julgar o pleito exordial, o magistrado de piso decretou restar evidente a falha na prestação do serviço, condenando o réu a indenizar todos os danos materiais causados. No concernente ao dano moral, acolheu parcialmente a pretensão, fixando a quantia de R\$ 15.000,00 a esse título.

Inconformado, o Banco do Brasil apelou.

Por ocasião do voto, o desembargador federal relator, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, esclareceu que a responsabilidade civil versa sobre a possibilidade de se impor àquele que causa dano a outrem, o dever de reparar a lesão sofrida (art. 5º, inc. X da CF/88 e arts. 186, 187 e 927 do Código Civil), sendo necessária a comprovação da existência cumulativa de conduta, dano e nexos de causalidade.

Elucidou que a responsabilidade dos bancos envolve, ainda, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (que inclui a atividade bancária no conceito de serviço) e o enunciado nº 297 da Súmula do STJ que determina: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Salientou, ademais que os bancos respondem objetivamente pelos danos causados por simples falta de serviço (em razão do risco inerente à atividade exercida). Basta a existência de um defeito do serviço aliado à ocorrência de dano, conectados por um nexo de causalidade.

No caso concreto, o julgador afeiçoou haver comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do Banco do Brasil e o dano causado ao CREMERJ, a partir da análise da troca de comunicação acostada aos autos. Depreende-se, prosseguiu, de tal leitura que o problema foi gerado dentro do sistema do banco recorrente, afigurando-se o dever de indenizar os prejuízos materiais daí advindos.

Demonstrada a falha na prestação do serviço firmado e restando ausente uma impugnação do BB quanto aos gastos indicados pela autarquia apelada (contratação de empresa terceirizada, publicação em jornais de grande circulação e ressarcimento de valores pagos pelos médicos através dos boletos enviados), entendeu de rigor a manutenção da condenação.

No que tange aos danos morais, explicitou que correspondem à lesão de caráter não patrimonial sofrida pela pessoa que implique em transtorno psicológico ou relativo à sua reputação. Evidenciou que o dano moral alcança a pessoa jurídica desde que reste demonstrada ofensa à sua honra objetiva e salientou haver a Corte Cidadã firmado orientação no sentido de que o dano moral à pessoa jurídica não é presumível. Por conseguinte, exige-se a demonstração do prejuízo ou abalo à imagem comercial.

Já com relação às pessoas jurídicas de direito público, contudo, elucidou que o entendimento é reverso ao supramencionado, “não se admitindo sua titularidade de direito à indenização por dano moral relacionado à ofensa de sua honra ou imagem, porquanto, tratando-se de direito fundamental, seu titular imediato é o particular e o reconhecimento desse direito ao Estado acarreta a subversão da ordem natural dos direitos fundamentais”.

Visando a corroborar esse entendimento, colacionou diversos julgados do STJ.

In casu, esclareceu que o CREMERJ, constituiu, em conjunto com o Conselho Federal e com os demais Conselhos Regionais de Medicina, uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, conforme disposto no art. 1º da Lei nº 3.268/57.

Nesses termos, frisou caracterizar-se a demandante como entidade autárquica, não fazendo jus à indenização moral em virtude do abalo sofrido à sua reputação perante a classe médica. Declarou imperioso reformar esse capítulo da sentença.

Relativamente aos ônus sucumbenciais, uma vez provido em parte o apelo, com a manutenção tão somente da condenação do réu ao pagamento de danos materiais, entendeu pela aplicação do caput do art. 86 do CPC, com a distribuição proporcional entre os litigantes.

Ante o exposto, a 5ª Turma Especializada votou, à unanimidade, no sentido de dar parcial provimento à apelação para, reformando a sentença, excluir a condenação do réu ao pagamento de danos morais e fixar ônus de sucumbência proporcionais no percentual de 10% sobre o valor de R\$ 70.798,16 (danos materiais) a ser pago pelo réu ao autor, e de 10% sobre o valor de R\$ 38.160,0 (valor pretendido de danos morais), a ser pago pelo autor ao réu.

Referências:

STJ: AgInt no REsp 1653783 (DJe 30/10/2017); AgInt no REsp (DJe 27/05/2020); REsp 1258389 (DJe 15/04/2014); REsp 1505923 (DJe 19/04/2017); Súmula 297.

APELAÇÃO CÍVEL - 5079445-46.2019.4.02.5101

Decisão em 14/09/2020 - Disponibilização no e-DJF2R de 25/09/2020

Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND - 6ª Turma Especializada

[volta](#)

Inoponibilidade de exceção pessoal ao credor de contrato bancário feita por sócio, avalista do devedor

Trata-se de apelação cível interposta por particular, contra sentença que julgou improcedente o pedido constante em embargos à execução, fundada em título extrajudicial – contrato bancário de renegociação de dívida –, no valor de R\$ 175.358,60.

O embargante integrou a ação executiva, por ser avalista da dívida contraída por seu então sócio, através de termo de adesão. Contestando sua responsabilidade, ajuizou embargos à execução, que restaram rejeitados.

Em sede recursal, o apelante sustentou que teve sua defesa cerceada, em virtude do afastamento da necessidade de produção da prova pericial. Realçou, ainda, a importância desta para o exercício do contraditório e ampla defesa, apontando “flagrante” divergência de valores na planilha da Caixa Econômica Federal (CEF). Destacou que não fora enfrentada no julgamento de piso a súmula nº 285 do STJ, a qual estabelece que nos contratos posteriores ao Código de Defesa do Consumidor há a incidência dos juros moratórios nele previstos e não os “juros absurdos e escorchantes cobrados por mês e não anuídos”.

Apontou, também, vício processual no julgamento liminar dos embargos à execução, dada a rejeição à permissão de exercício da fase instrutória e a não observância do disposto no art. 917, §4º, I, do CPC/15 que dispõe que os embargos: “serão liminarmente rejeitados, sem resolução de mérito, se o excesso de execução for o seu único fundamento”, asseverando o embargante não ser essa a hipótese de que se trata.

Ressaltou, ademais, a intempestividade da resposta aos embargos pela exequente e, por via de consequência, defendeu a presunção de veracidade dos fatos alegados na exordial. Expôs que o magistrado “deixou de avaliar importante premissa alegada pelo apelante”, de que figurara como avalista tão somente em função da gestão da sociedade enquanto sócio, condição que o obrigava à assinatura do contrato –, que só ocorreu ante a ausência de modalidade específica de financiamento de materiais de construção para pessoa jurídica, por parte da CEF. Afirmou, portanto, que não poderia ser responsável por operações negociais “ad eternum”.

Ainda nessa toada, embora mencionasse cláusula de garantia do aval, evidenciou falta de assinatura em campo próprio e explicações quanto ao tema, razões pelas quais fundamentou sua insciência sobre o compromisso firmado.

Advogou pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, no caso em questão, e salientou a não comprovação de que o embargante tenha renunciado ao benefício de ordem, invalidando a cláusula de solidariedade. Declarou que, no presente caso, o termo não foi pautado no princípio da transparência determinado pela legislação aludida.

Para mais, invocou o teor da súmula nº 286 do STJ: “a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

Em conclusão, pleiteou a revisão contratual com base na teoria da imprevisão, para aplicar a cláusula rebus sic stantibus, a fim de buscar o “necessário reequilíbrio entre as prestações”, com base na equivalência material. Finalmente, indicou a prescrição do contrato de empréstimo firmado em 18 de abril de 2011, e afirmou que o aditamento não poderia afastá-la, já que sua cláusula terceira impediria a possibilidade de novação.

Em seu voto, o relator, desembargador federal Poul Erik, mencionou que a parte apelante sequer apresentou demonstrativo de cálculo e, por isso, seria hipótese de rejeição liminar dos embargos, com fulcro no art. 917, §§ 3º e 4º, do CPC/15, e na jurisprudência do STJ, a qual explana que, na eventualidade de o devedor deixar de indicar o valor, para ele, devido, juntamente com a memória de cálculo pertinente, “os embargos devem ser rejeitados liminarmente, ainda que seja deduzido pedido de revisão contratual fundado na abusividade e/ou ilegalidade de encargos”. A corroborar sua concepção, trouxe diferentes julgados da Corte Cidadã.

Acrescentou, também, que, apesar de o Código de Defesa do Consumidor ser aplicável às instituições financeiras, conforme enunciado nº 297 do STJ, as ilegalidades referidas não foram demonstradas, descabendo indicar violação automática ao referido código, de forma genérica, somente por tratar-se de contrato de adesão, devendo tal abuso ser atestado de forma consistente. Nesse diapasão, trouxe à baila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Em continuidade, certificou o julgador inexistir o cerceamento de defesa declarado, como decorrência do indeferimento da prova pericial. Reiterou que para a resolução da controvérsia – que é eminentemente de direito – não se faz necessário conhecimento técnico-matemático, descaracterizando qualquer prejuízo ao embargante. Sobre o tema, citou decisão da 6ª Turma Especializada deste Tribunal, da lavra do desembargador federal Guilherme Calmon, em igual sentido.

Ademais, o desembargador anunciou que a pretensão recursal encontra óbice na súmula nº 381 do STJ: “nos contratos bancários é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, e no entendimento estabelecido no Tema nº 27, em recursos repetitivos da corte supracitada, no qual se determinou que para revisão de taxas de juros é necessária a demonstração cabal do abuso, o que não ficou constatado neste caso concreto. Em reforço, citou jurisprudência do Tribunal da Cidadania que exalta a efetividade, celeridade e boa-fé almejadas pelo processo civil moderno, determinando que todo litígio a ser composto a partir de um contrato deve apresentar “pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão”.

No que se refere à nulidade do aval arguida, o relator verificou que, não fazendo o apelante parte da relação contratual, haja vista figurar como avalista, não pode opor ao credor exceções pessoais, vale dizer, questões acerca do elo entre o devedor principal e a instituição financeira.

Expôs, outrossim, que o aval é instituto de direito cambiário, dotado de autonomia, i.e., sua existência, validade e eficácia não estão condicionadas a tal obrigação. De tal modo que, se o avalizado não solver a dívida, por qualquer motivo, o avalista, consoante os princípios da abstração e autonomia, ainda que haja nulidade ou vício (com exceção de questões relacionadas à forma), fica a ela obrigado.

Finalmente, arguiu que a boa-fé objetiva impede que o avalista alegue qualquer nulidade para se esquivar de suas obrigações perante o credor. Desta forma, sustentou que não há dúvida quanto à espontânea vontade do recorrente em garantir o negócio jurídico originário, à época, e que não poderia beneficiar-se de sua própria torpeza.

Destarte, votou no sentido de negar provimento ao apelo, majorando em 1% a condenação em honorários.

Isto posto, a 6ª Turma Especializada desta corte decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator.

Referências:

STJ: AgInt no AREsp 1002952 (DJe 22/05/2017); AgInt no AREsp 1388397 (DJe 30/05/2019); AgInt no AREsp 1399529 (DJe 26/08/2019); AgInt no REsp 1635589 (DJe 22/05/2017); AgRg no AREsp 405158 (DJe 25/03/2014); AgRg no AREsp 375758 (DJe 11/09/2014); AgRg no REsp 1278367 (DJe 29/05/2012); REsp 1061530 (DJe 10/03/2009); REsp 1163283 (DJe 04/05/2015); Súmula nº 297; Súmula nº 381;

TRF2: AC 02006447920174025105 (DJe 13/05/2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0003439-60.2019.4.02.0000

Decisão em 23/07/2020 - Disponibilização no e-PROC

Relator: Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO

Relator para Acórdão: Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER - 7ª Turma Especializada

[volta](#)**Descabimento de restituição, através de rescisória, de valores oriundos de decisão transitada em julgado e recebidos de boa-fé**

Servidora pública federal, pertencente aos quadros do INSS, ajuizou ação ordinária, na qual requereu e obteve da União Federal o reajuste da aposentadoria na forma do art. 40, § 8ª da Constituição Federal/88 e art. 15 da Lei nº 10.887/04, por acórdão transitado em julgado em 29/01/2013.

Promoveu sua execução, na forma do art. 730 do CPC/73 e o precatório (principal e honorários) foi expedido em junho de 2017. A Requisição de Pequeno Valor – RPV foi paga em julho de 2017 e o precatório foi liberado para saque em março de 2018.

A UF, contudo, alegando sua ilegitimidade passiva, obteve a desconstituição do julgado, em ação rescisória apreciada pela 3ª Sessão Especializada desta Corte (com base no art. 485, V, do CPC/73 – violação a literal dispositivo de lei) e o acórdão transitou em julgado em 08/11/2018, após Recurso Especial (admitido, mas não conhecido) interposto pela agravante.

Diante da decisão que determinou a devolução da quantia recebida em requisitório extraído dos autos de processo principal, a servidora interpôs agravo de instrumento.

Alegou boa-fé no recebimento dos valores, lançando mão de jurisprudência do STJ de que verba de natureza alimentar recebida de boa-fé, por decisão judicial transitada em julgado, ainda que desconstituída em ação rescisória, não deve ser devolvida, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.

Afirmou que “a dupla conformidade entre a sentença e o acórdão gera a estabilização da decisão de primeira instância” e “cria no vencedor a legítima expectativa de que é titular do direito reconhecido na sentença e confirmado pelo tribunal”, especialmente quando se trata de pessoa idosa.

A relatora, desembargadora federal Nizete Lobato Carmo, principiou seu voto mantendo a decisão agravada.

Esclareceu que, em princípio, o servidor ou pensionista que recebe valores de caráter alimentar, sob o manto da coisa julgada material, posteriormente desconstituída por ação rescisória, age de boa-fé, descabendo o ressarcimento.

Asseverou a julgadora que, na hipótese em análise, não obstante, inexistiu a boa-fé.

Esclareceu que a execução foi iniciada em maio de 2013 e as verbas levantadas em março de 2018, decorridos 4 anos da citação da agravante na ação rescisória proposta pela UF em Janeiro de 2014 (julgada procedente em Julho de 2014 e transitada em julgado em novembro de 2018).

Conforme a compreensão da julgadora, nesse contexto, o princípio da boa-fé recomendava o não levantamento de quaisquer quantias depositadas no processo principal.

Ponderou que a decisão na ação ordinária era dotada de eficácia plena, uma vez que não houve suspensão de sua execução em momento algum, mas apregoa a ausência de legítima confiança ou justificada expectativa da servidora aposentada de que os valores teriam ingressado de forma definitiva em seu patrimônio (elemento decisivo na caracterização da boa-fé).

A corroborar seu entendimento sobre o tema, citou decisão do STJ, da lavra do ministro Humberto Martins, no AgRg no REsp nº 1263480: “se não havia razão para que o servidor confiasse que os recursos recebidos integraram em definitivo o seu patrimônio, qualquer ato de disposição desses valores, ainda que para fins alimentares, salvo situações emergenciais e excepcionais, não pode estar acobertado pela boa-fé, já que é princípio basilar, tanto na ética quanto no direito, ninguém pode dispor do que não possui”.

Mencionou, ainda sobre a relatividade do princípio da irrepetibilidade das verbas de caráter alimentar, o julgamento do REsp nº 1549836, no qual o ministro João Otávio de Noronha ponderou que não haveria sentido o ordenamento jurídico “admitir o afastamento da preclusão e da própria coisa julgada para desconstituir sentença eivada de vício e, por construção pretoriana, impedir que, em determinadas situações, o novo julgado produza plenos efeitos”, concluindo que a questão da irrepetibilidade de verba de caráter alimentar pode e deve sofrer temperamentos.

O voto da relatora foi, por conseguinte, no sentido de negar provimento ao agravo de instrumento.

Inaugurando a divergência, o desembargador federal Sergio Schwaitzer principiou por enfatizar o entendimento jurisprudencial no sentido de que, dado o caráter alimentar, não é devida a restituição dos valores que, por força de decisão transitada em julgado, forem recebidos de boa-fé, ainda que posteriormente tal decisão tenha sido desconstituída em ação rescisória.

Destacou o julgador que, conforme o art. 489 do CPC/73, então aplicável (equivalente ao art. 969 do novo CPC), "o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela", esclarecendo que esta não foi a hipótese da ação rescisória proposta pela UF.

Outro ponto a que deu realce o desembargador, relaciona-se com a admissão do recurso especial interposto pela agravante, nos autos da ação rescisória supracitada, em 21/01/2016, que com mais forte razão afigurou-se hábil a gerar legítima expectativa e confiança apta à proteção. E frisou, ainda, que a decisão de não conhecimento do referido recurso veio a transitar em julgado em 08/11/2018, após, portanto, o levantamento da quantia que se pretende a devolução, ocorrido em 18/04/2018.

Em face dos argumentos expostos, o julgador votou no sentido de dar provimento ao agravo de instrumento, invalidando a decisão interlocutória agravada e determinando a impossibilidade de devolução da quantia levantada.

O desembargador federal José Antonio Neiva usou, então, de faculdade regimental e reviu seu voto para secundar a divergência e acompanhar o desembargador federal Sergio Schwaitzer.

A 7ª Turma Especializada decidiu, por maioria, vencida a relatora, dar provimento ao recurso interposto.

Referências:

STJ: AgRg no REsp 1263480 (DJe de 09/09/2011); EDcl na AR 3647 (DJe 23/06/2017); REsp 1801116 (DJe de 31/05/2019);

TRF2: AC 01956233720174025101 (DJe de 09/10/2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – 5008519-17.2019.4.02.0000

Decisão em 17/03/2020 - Disponibilização em 07/04/2020

Relator: Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA DA SILVA

Relator para Acórdão: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA - 8ª Turma Especializada

[volta](#)**City gates – distribuição de royalties à luz da Lei nº 12.734/12 e a ADI 4.917**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo município de Igrejinha, com pedido de antecipação de tutela recursal, contra decisão que, nos autos de mandado de segurança, indeferiu o pedido de medida liminar vindicado na inicial.

O ora agravante impetrou MS contra ato do superintendente de participações governamentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, objetivando a concessão de medida liminar para que fosse efetuado o cálculo do valor dos royalties devidos ao impetrante, com base na legislação anterior às alterações implementadas pela Lei nº 12.734/2012 – que modificou as Leis 9.478/1997 e 12.351/2010, determinando novas regras de distribuição de quantia paga pelo direito de uso, exploração e comercialização de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos entre os entes federativos – já que entende inconstitucionais os artigos 48, §3º e 49, §7º, da Lei nº 9.478/1997 (que dispõe sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo).

Em decisão de piso, o juízo competente entendeu que “a alegada ilegalidade sofrida pela impetrante já estaria ocorrendo há meses, o que afastaria a contemporaneidade no ato questionado e tornaria injustificável a concessão da liminar sem a oitiva da autoridade impetrada”, indeferindo a liminar.

Inconformado, o município agravou.

Em sede recursal, o impetrante aduziu que é beneficiário do repasse de compensação financeira realizado pela ANP, sustentando que os valores por ele percebidos são menores que os transmitidos a outros municípios com direito idêntico. Em suma, expôs que sua pretensão é respaldada pela jurisprudência do Órgão Especial deste Tribunal e “consiste em sanar ato ilegal da autoridade coatora, a fim de suspender em relação ao Município de Igrejinha, quanto ao critério de instalação, a decisão administrativa consistente em considerar vigentes os §§3º do Art. 48 e 7º do Art. 49, ambos da Lei 12.734/12, tendo em vista que tais dispositivos se encontram suspensos por decisão do STF, proferida nos autos ADI4917-RJ”.

A relatora, desembargadora federal Vera Lucia Lima da Silva, deferiu o pedido dos efeitos da tutela recursal, pelo qual se deu azo à interposição de agravo interno.

O parquet federal opinou pelo provimento do presente agravo de instrumento.

Em seu voto, a relatora, de forma inaugural, constatou a perda superveniente do objeto do agravo interno, tendo em vista o julgamento de mérito do agravo instrumento.

A julgadora apresentou, na sequência, os fundamentos do parecer ministerial, que adotou como razões de decidir, no qual se esclareceu que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917 suspendeu, dentre outros, os efeitos do inciso II dos artigos 48 e 49 da lei nº 9.748/97 (interferindo diretamente nos dispositivos ora questionados pelo paciente) e apresentou o entendimento ostentado na decisão liminar de que a determinação do STF visou proteger os estados e municípios de perdas significativas em suas economias, já debilitadas.

Ademais, o MPF mencionou que tal conjuntura “para além de evidenciar a probabilidade do direito alegado, já sinaliza a presença do perigo de dano”. Deste modo, apresentou a fundamentação arguida na ADI, tal qual ratificou a necessidade de se julgar cautelarmente a ação, a fim de suspender as alterações trazidas pela Lei nº 12.734/12, para resguardar “direitos dos cidadãos dos Estados e dos Municípios que se afirmam atingidos em seu acervo jurídico e em sua capacidade financeira e política de persistir no cumprimento de seus deveres constitucionais”.

Em continuidade, a desembargadora evidenciou a pendência, quanto ao mérito, de julgamento da referida ADIn pelo Plenário da Suprema Corte. Isto posto, confirmou, portanto, sua decisão liminar, julgando prejudicado o agravo interno e provendo o agravo de instrumento.

Principiando a divergência, que restou vencedora, o desembargador federal Marcelo Pereira da Silva ponderou sobre o efetivo proveito, por parte do município-autor, quanto ao entendimento sedimentado pelo Órgão Especial do TRF da 2ª Região, de inconstitucionalidade da Lei nº 12.734/12.

Nesses termos, ressaltou que a distribuição de royalties é realizada pelos critérios de produção e de movimentação. Ademais, esclareceu que a referida lei incluiu uma nova categoria de instalação de embarque e desembarque dos produtos, a saber: os pontos de entrega às concessionárias (city gates). Em vista disso, incrementou-se o número de municípios que fariam jus a tal recebimento, o que resultou numa redução dos valores distribuídos aos antigos beneficiários. Explicou, ainda, que o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação retrocitada viabilizaria que essas municipalidades voltassem a receber os valores de royalties nos mesmos patamares de outrora.

Prosseguindo, o relator para acórdão declarou ser evidente que “o Município de Igrejinha apenas alcançaria algum proveito com o afastamento das novas regras instituídas pela Lei 12.734/2012 se lograsse comprovar ser beneficiário de royalties de petróleo, pelo critério de movimentação, anteriormente à edição dessa norma”, tais quais as instalações de embarque e desembarque consideradas na redação original (monoboia, quadro de boia, píer de atracação, cais acostável ou estação coletora).

De mais a mais, demonstrou que o agravante passou a receber royalties pelo critério de movimentação, somente, a partir da alteração promovida pela Resolução de Diretoria Colegiada/ANP nº 624/13, a qual classificou os “city gates” e as Unidades de Processamento de Gás Natural como instalações legítimas a serem consideradas pelo critério de movimentação.

Destarte, ressaltando como “evidente a ausência de probabilidade do direito alegado”, desproveu o recurso que contestou a decisão de primeiro grau.

Perante todo o exposto, a 8ª Turma Especializada desta Corte decidiu, por maioria, vencida a relatora, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do desembargador federal Marcelo Pereira da Silva.

Referências:

STF: ADI 4917 (DJe 12/11/2019);

TRF2: 00209856420134025101 (DJe 18/11/2015).