

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019, de Chapecó
Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA C/C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

APELO DO AUTOR.

ALEGADA LEGITIMIDADE DO ESTADO PARA RESPONDER PELA IRREGULARIDADE NA RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE POLICIAL RODOVIÁRIO INATIVO. TESE PROFÍCUA. ENUNCIADO Nº 447 DA SÚMULA DO STJ. IMPOSITIVA DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA.

"[...] Os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no pólo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam o reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte" (STJ, REsp nº 989.419/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/11/2009, p. 18/12/2009). (STJ, REsp nº 1.347.977/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, p. 06/10/2017).

CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO. ART. 1.013, § 3º, INC. I, DO NCPC.

PRETENDIDO RECONHECIMENTO DO DIREITO À ISENÇÃO DO IR RETIDO NA FONTE.

SUB-TENENTE DA P.R.E. REFORMADO, PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 6º, INC. XIV, DA LEI Nº 7.713/88. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS INDEVIDAMENTE RECOLHIDAS A PARTIR DA DATA DE COMPROVAÇÃO POR DIAGNÓSTICO ESPECIALIZADO.

"O acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência do STJ, porquanto o entendimento da Corte é no sentido de que o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, para as pessoas com moléstias graves, é a data da comprovação da doença mediante diagnóstico especializado. Precedentes: AgRg no AREsp 312.149/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 18/09/2015 e AgRg no REsp 1.364.760/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

Turma, DJe 12/06/2013" (STJ, REsp nº 1596045/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19/05/2016). (TJSC, AC nº 0000025-42.2014. 8.24.0078, de Urussanga, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 13/06/2017).

CONSECTÁRIOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DO INPC ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO, MOMENTO A PARTIR DO QUAL INCIDIRÁ EXCLUSIVAMENTE A TAXA SELIC.

NECESSÁRIA INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. CONDENÇÃO QUE, EMBORA ILÍQUIDA, NÃO ULTRAPASSA 200 SALÁRIOS MÍNIMOS. HONORÁRIOS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR TOTAL DESSE MONTANTE. ART. 85, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 13.105/15.

APELO ARTICULADO JÁ SOB A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO. ARBITRAMENTO DE VERBA HONORÁRIA TAMBÉM EM GRAU RECURSAL, EM 5% SOBRE O MESMO PARÂMETRO. ART. 85, §§ 2º, 3º E 11, DO NCPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019, da comarca de Chapecó (2ª Vara da Fazenda e Regional Exec Fiscal Estadual) em que é Apelante Ivanor Giongo e Apelado Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Adilson Silva, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público a Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes.

Florianópolis, 30 de janeiro de 2018.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Relator

Documento assinado digitalmente

Gabinete Desembargador Luiz Fernando Boller

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Ivanor Giongo, contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública e Regional de Execução Fiscal Estadual da comarca de Chapecó, que, com arrimo no art. 485, inc. VI, do NCPD, extinguiu a ação [Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica Tributária c/c. Repetição de Indébito n. 0301233-97.2016.8.24.0019](#) ajuizada contra o Estado de Santa Catarina, em razão do reconhecimento da ilegitimidade passiva do ente federado, condenando o autor ao pagamento das custas e honorários, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 176/180).

Malcontente, Ivanor Giongo verbera a extinção do feito, apontando que o Estado é o responsável pela retenção ilegal e aproveitamento do imposto de renda incidente sobre seus proventos de inativo e, por consequência, é parte legítima para compor o polo passivo da demanda.

No mérito, com fulcro no art. 6º, inc. XIV, da Lei nº 7.713/88 - por ser portador de neoplasia maligna -, defende seu direito à isenção do tributo, termos em que brada pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 187/194).

Após sobrevieram as contrarrazões, onde o Estado refuta a tese manejada pelo apelante, clamando pelo desprovimento da insurgência (fls. 198/204).

Em manifestação do Procurador de Justiça Paulo Ricardo da Silva, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do apelo, com a desconstituição do veredicto e a procedência dos pedidos formulados na exordial (fls. 213/218).

É, no essencial, o relatório.

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

VOTO

O art. 1.010, § 3º, do NCPC estabelece a remessa do recurso ao Tribunal independente do juízo de admissibilidade, desde que cumpridas as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º da mesma norma legal.

Assim, por vislumbrar a tempestividade e a dispensa do recolhimento do preparo para Ivanor Giongo - porquanto beneficiário da Justiça Gratuita (fls. 92/94) -, nos termos do art. 1.012 e do art. 1.013 da Lei nº 13.105/15 recebo o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Pois bem.

A preliminar reconhecida na origem merece imediato rechaço, com anulação da sentença que reconheceu a ilegitimidade do Estado de Santa Catarina para responder ação fundada na responsabilidade pela retenção do imposto de renda na folha de pagamento do servidor inativo.

Isso porque "[...] o Superior Tribunal de Justiça já havia afetado o tema em debate para exame sob o rito do art. 543-C do CPC/73 (Tema 193), restando, ao depois, firmada a tese de que, 'Os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no pólo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam o reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte' (STJ, REsp nº 989.419/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/11/2009, p. 18/12/2009)". (STJ, REsp nº 1.347.977/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, p. 06/10/2017).

Aliás, a questão encontra-se sedimentada no Enunciado da Súmula nº 447 do STJ, nos seguintes termos:

Os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas na ação de restituição de imposto de renda retido na fonte proposta por seus servidores.

Logo, legítima a participação do Estado de Santa Catarina no polo passivo da *actio*, impositiva é a desconstituição do veredicto.

Ademais, "se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando [...] reformar

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

sentença fundada no art. 485" (art. 1.013, §3º, inc. I, do NCPC), razão porque - reconhecendo que o estudo da *quaestio* prescinde de qualquer complementação - , adentro à análise da *quaestio de meritis*.

Na espécie, Ivanor Giongo defende ter direito à isenção do imposto de renda retido de seus proventos de aposentadoria, pois sofre de neoplasia maligna - CID 10 C44.2 -, moléstia que, conforme estabelece a Lei nº 7.713/88, lhe garante imunidade:

[...] Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...] XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. (grifei).

Do acervo probatório encartado nos autos, constam Atestados Médicos (fls. 51 e 54) e Laudos de Exames (fls. 52 e 53) corroborando a informação de que o autor apelante, de fato, foi diagnosticado com carcinoma basocelular na orelha direita, mazela especificada na Classificação Internacional de Doenças através do Código C44.2 - Neoplasia Maligna da Pele da Orelha e do Conduto Auditivo Externo -, além de constarem fotografias que evidenciam o câncer que acomete o demandante (fl. 25).

Como bem pontuou o Procurador de Justiça Paulo Ricardo da Silva, *"[...] não se mostra indispensável a existência de Laudo emitido por junta médica oficial para casos de igual jaez, sobretudo quando há provas suficientes nos autos qualificando a certeza da moléstia que fundamenta a pretensão deduzida na inicial"* (fl. 216).

Com efeito, Ivanor Giongo cumpriu com eficiência o dever de comprovar a grave doença que o acomete, bem como o seu enquadramento no rol taxativo de imunidades previsto na Lei nº 7.713/88, sendo impositiva a

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

procedência do pedido para reconhecimento de seu direito à isenção do imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria, além da repetição dos valores indevidamente retidos, com termo inicial a partir da data em que restou preenchido o requisito para o benefício, qual seja, 13/11/2015, data do primeiro diagnóstico (fl. 51).

A propósito:

TRIBUTÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. PLEITO DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. "DOENÇA DE ALZHEIMER". ALIENAÇÃO MENTAL RECONHECIDA. DIREITO À ISENÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DA COMPROVAÇÃO DA DOENÇA MEDIANTE DIAGNÓSTICO ESPECIALIZADO. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. REMESSA E APELO DESPROVIDOS. "I - O art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88 dispõe que o alienado mental é isento do imposto de renda. II - Tendo o Tribunal de origem reconhecido a alienação mental da recorrida, que sofre do Mal de Alzheimer, impõe-se admitir seu direito à isenção do imposto de renda. III - Recurso especial improvido" (STJ, REsp nº 800.543/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16/03/2006). "1. O acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência do STJ, porquanto o entendimento da Corte é no sentido de que o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, para as pessoas com moléstias graves, é a data da comprovação da doença mediante diagnóstico especializado. Precedentes: AgRg no AREsp 312.149/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 18/09/2015 e AgRg no REsp 1.364.760/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/06/2013" (STJ, REsp nº 1596045/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19/05/2016). (TJSC, AC nº 0000025-42.2014.8.24.0078, de Urussanga, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 13/06/2017).

Quanto aos consectários legais, de observar que "os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença" (Enunciado da Súmula nº 188 do STJ).

Assim, os valores da condenação serão corrigidos pelo INPC até o trânsito em julgado da decisão, a partir de quando incidirá exclusivamente a Taxa SELIC, que engloba a um só tempo a correção monetária e os juros moratórios.

Nessa linha:

"Na repetição do indébito tributário os juros de mora são devidos do trânsito em julgado da sentença (CTN, art. 167, parágrafo único; STJ, Súmula 188). Até o advento desse termo, sobre o valor de cada parcela indevidamente recolhida incide apenas correção monetária, de acordo com a variação do INPC, parâmetro eleito pelo Superior Tribunal de Justiça para quantificar a perda do poder aquisitivo da moeda (REsp nº 256.427, Min. Franciulli Netto;

Gabinete Desembargador Luiz Fernando Boller

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

REsp nº 424.154, Min. Garcia Vieira; REsp nº 152.981, Min. Milton Luiz Pereira); posteriormente, a Taxa SELIC - que compreende juros de mora e correção monetária - pois está 'em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional' (CC, art. 406; Lei 9.065, art. 13)" (TJSC, AC nº 2004.003279-0, de São José, Rel. Des. Newton Trisotto). (TJSC, AC nº 0016470-22.2010.8.24.0064, de São José, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 13/06/2017).

Diante da reforma da sentença, imprescindível a redistribuição dos ônus sucumbenciais, com a condenação do Estado de Santa Catarina ao pagamento dos honorários, que, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º do NCPC:

[...] serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

- I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

E "esta Câmara tem se posicionado no sentido de que quando for possível aferir, por simples cálculo aritmético, que o montante da condenação ficará aquém de 200 (duzentos) salários-mínimos, a verba honorária será estipulada na base de 10% (dez por cento) sobre a importância devida, nos moldes do art. 85, § 3º, I, do CPC/2015" (AC nº 0303633-76.2016.8.24.0054, de Rio do Sul, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 31/10/2017).

Os 200 (duzentos) salários mínimos correspondem hoje a R\$ 190.800,00 (cento e noventa mil e oitocentos reais), quantia evidentemente superior ao valor da condenação, com base nas informações retiradas da tabela de Atualização das Parcelas pagas pelo autor (fls. 87/88).

Diante disso, sopesando que o trabalho realizado pelo advogado de Ivanor Giongo no 1º Grau consistiu no ajuizamento da ação - com a juntada de farta documentação -, e na apresentação de réplica, o exíguo tempo de

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

tramitação do feito, o processamento por meio digital, e a singela complexidade da matéria, vai a verba honorária sucumbencial fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

De outro vértice, considerando que o apelo foi articulado já sob a vigência do NCPC, impositivo, também, o arbitramento dos honorários recursais, já que:

Art. 85. [...] § 11. 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 nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Não se olvida a existência do entendimento no sentido de que "só caberá majoração dos honorários na hipótese de o recurso ser integralmente rejeitado/desprovido ou não conhecido" (STJ, REsp nº 1.661.990/MS, Relª. Minª. Nancy Andrichi, j. 17/08/2017).

Contudo, tal posicionamento não está consolidado, fato que vem gerando discussão e divergência de opiniões na doutrina e jurisprudência, o que motivou, inclusive, a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ([Apelação Cível n. 0004992-13.2014.8.24.0020](#)), ainda em tramitação junto ao Órgão Especial.

Por enquanto, pautado na teoria da sucumbência, é admitida a fixação da verba honorária também nas hipóteses de provimento do recurso, a saber:

"A possibilidade de fixação de honorários nos recursos faz surgir uma questão primordial, qual seja, a nova verba honorária será fixada exclusivamente em decorrência do julgamento do recurso ou o resultado da causa terá relevância para a fixação dessa nova verba?"

Essa situação é relevante, porque não se deve confundir a sucumbência como regra para a condenação em honorários, com a sucumbência como elemento integrante do interesse recursal imprescindível para a admissibilidade do recurso (sucumbência recursal).

A teoria da sucumbência, como critério para a condenação em honorários, se satisfaz com o simples resultado da demanda. Avalia-se a relação decorrente do resultado que a parte obteve no processo - ela é estritamente formal.

Gabinete Desembargador Luiz Fernando Boller

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

Já a sucumbência recursal é distinta, pois deve ser vista sob uma ótica prospectiva. Analisa-se a possibilidade de obtenção de utilidade prática na interposição do recurso. Diz-se que a sucumbência é material.

Assim, por isso, nada impede que a parte vitoriosa (não sucumbente sob a ótica formal e credora de honorários advocatícios) tenha interesse recursal (seja sucumbente sob a ótica material).

Em nosso sentir, não temos qualquer hesitação em sustentar que os honorários recursais devem ser atribuídos ao advogado vencedor do recurso, pouco importando o resultado final da causa.

A rigor, os honorários são verbas remuneratórias e assim devem ser tratados em todas as fases do processo. Cada fase processual deve ter o seu regramento específico quanto aos honorários.

A parte condenada em honorários advocatícios na fase de conhecimento não será também necessariamente condenada em honorários na fase de execução.

Da mesma forma, a parte derrotada na causa e devedora de honorários advocatícios pode, como mencionado, ser vitoriosa na fase recursal.

Se os honorários são considerados verbas remuneratórias e se a Teoria da Sucumbência consiste na premissa adequada para a identificação do devedor e do credor, vencedor e vencido devem ser identificados em concreto no âmbito do seguimento procedimental que faz surgir o direito aos honorários". (TJSC, AC nº 0302452-53.2015. 8.24.0061, de São Francisco do Sul, Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 22/08/2017).

Isto posto, considerando que o recurso tramitou por meio digital, e que o trabalho adicional consistiu na apresentação das razões de apelação com teor bastante assemelhado à réplica - em obediência aos limites impostos pelo art. 85, §§ 2º e 11, do NCPC -, arbitro a verba devida nesta instância recursal, em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

De outro vértice, resta o Estado isento do pagamento das custas processuais (art. 35, `h´, da Lei Complementar nº 156/97, com redação dada pela Lei Complementar nº 524/2010).

Dessarte, conheço do recurso, dando-lhe provimento, desconstituindo a sentença e, nos termos do art. 487, inc. I, do NCPC, julgo procedente o pedido, reconhecendo o direito de Ivanor Giongo à isenção do imposto de renda retido pelo Estado de Santa Catarina dos seus proventos de aposentadoria, condenando o ente federado à restituição dos valores indevidamente retidos a partir de 13/11/2015 (fl. 51), corrigidos pelo INPC até o trânsito em julgado e, após, com a incidência da Taxa SELIC.

Gabinete Desembargador Luiz Fernando Boller

Apelação Cível n. 0301233-97.2016.8.24.0019

Via de consequência, vai o Estado condenado ao pagamento dos honorários, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, referente ao trabalho realizado no 1º Grau, e mais 5% (cinco por cento) sobre o mesmo parâmetro, a título da verba devida em grau recursal (art. 85, §§ 2º e 11, do NCPC), restando, todavia, isento do pagamento das custas (art. 35, `h´, da Lei Complementar nº 156/97, com redação dada pela Lei Complementar nº 524/2010).

É como penso. É como voto.