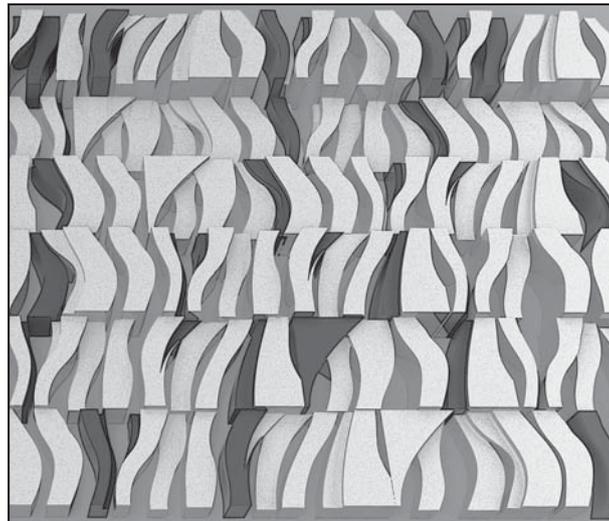


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 262

ANO 33

ABRIL/MAIO/JUNHO 2021

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Benedito Gonçalves

Chefe de Gabinete

Marilisa Gomes do Amaral

Servidores

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Rosa Christina Penido Alves Sturm

Técnico em Secretariado

Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

Mensageiro

Francisco Rondinely Ferreira da Cruz

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055

Revista do Superior Tribunal de Justiça - n. 1 (set. 1989) -. Brasília : STJ, 1989 -.Periodicidade varia: Mensal, do n. 1 (set. 1989) ao n. 202 (jun. 2006), Trimestral a partir do n. 203 (jul/ago/set. 2006).

Repositório Oficial da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça/Editora Brasília Jurídica, set. 1989 a dez. 1998; Superior Tribunal de Justiça/Editora Consulex Ltda, jan. 1999 a dez. 2003; Superior Tribunal de Justiça/ Editora Brasília Jurídica, jan. 2004 a jun. 2006; Superior Tribunal de Justiça, jul/ago/set 2006-.

Disponível também em versão eletrônica:

<https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.eletronica>.

ISSN 0103-4286.

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA
MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins** (*Presidente*)
Ministro **Jorge Mussi** (*Vice-Presidente e Corregedor-Geral do CJF*)
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto
Ministra Fátima **Nancy Andrichi**
Ministra **Laurita** Hilário **Vaz**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministra **Maria Thereza** Rocha **de Assis Moura** (*Corregedora Nacional de Justiça*)
Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**
Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes** (*Diretor-Geral da ENFAM*)
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**
Ministro **Benedito Gonçalves** (*Diretor da Revista*)
Ministro **Raul Araújo** Filho
Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**
Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues
Ministro **Antonio Carlos Ferreira**
Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**
Ministro **Marco Aurélio** Gastaldi **Buzzi**
Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira
Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**
Ministro **Sérgio** Luiz **Kukina** (*Ouvidor*)
Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Rogério Schietti** Machado **Cruz**
Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**
Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**
Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**
Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**
Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.

CORTE ESPECIAL (Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Humberto Martins** (*Presidente*)

Ministro **Jorge Mussi** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

PRIMEIRA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Benedito Gonçalves** (*Presidente*)

PRIMEIRA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Benedito Gonçalves** (*Presidente*)

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Manoel de Oliveira Erhardt***

* Desembargador Convocado

SEGUNDA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Herman Benjamin** (*Presidente*)

Ministro **Francisco Falcão**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Assusete Magalhães**

SEGUNDA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministra **Isabel Gallotti** (*Presidente*)

TERCEIRA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Moura Ribeiro**

QUARTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Marco Buzzi** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

TERCEIRA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** (*Presidente*)

QUINTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Joel Ilan Paciornik** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Ribeiro Dantas**

SEXTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Olindo Herculano de Menezes***

* Desembargador Convocado

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Marco Buzzi** (*Presidente*)

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Ribeiro Dantas** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Og Fernandes** (*Presidente*)

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Presidente*)

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Moura Ribeiro**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Gurgel de Faria**

COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** (*Presidente*)

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Moura Ribeiro** (*Suplente*)

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministro **Humberto Martins** (*Presidente*)

Ministro **Jorge Mussi** (*Vice-Presidente e Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Buzzi**

Membros Suplentes

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Sérgio Kukina**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministro **Og Fernandes** (*Diretor-Geral*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Vice-Diretor*)

Ministro **Jorge Mussi** (*Diretor do CEJ/CJF*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Efetivo*)

Ministro **Benedito Gonçalves** (*1º Substituto*)

Ministro **Raul Araújo** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

CORTE ESPECIAL	21
AgInt na SS n. 3.295 - DF - Rel. Min. Humberto Martins	23
Lesão ao interesse público - Comprovação - Necessidade - Energia elétrica - Regulação - Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).	
AgInt nos EDcl na SLS n. 2.814 - SP - Rel. Min. Humberto Martins.....	33
Licitação - Anulação - Impossibilidade - Lesão à Ordem Pública - Não configuração - Serviço funerário - Serviço público retomado pelo Município.	
EAREsp n. 1.663.952 - RJ - Rel. Min. Raul Araújo	40
Intimação em duplicidade - Lei n. 11.4199/2006 - Portal eletrônico - Prevalência.	
PRIMEIRA SEÇÃO	121
EDcl no REsp n. 1.807.665 - SC - Rel. p/ o acórdão Min. Og Fernandes.....	123
Embargos de declaração - Acolhimento - Contradição entre a tese firmada e a redação - Ocorrência - Inovação do julgamento - Não ocorrência..	
EDv nos EAREsp n. 1.109.354 - SP - Rel. Min. Gurgel de Faria	157
Programa de Integração Social (PIS) - Creditamento - Regime Monofásico - Revenda de mercadorias.	
MS n. 21.712 - DF - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	199
Ministro do Trabalho e Emprego - Ilegitimidade passiva ad causam - Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo.	
REsp n. 1.847.731 - RS - Rel. Min. Manoel Erhardt	224
(Desembargador Convocado do TRF-5ª Região)	
Honorários advocatícios - Benefício previdenciário recebido administrativamente.	

PRIMEIRA TURMA 233

REsp n. 1.393.722 - SC - Rel. Min. Benedito Gonçalves.....	235
Terreno de Marinha - Demarcação - Registro imobiliário - Oponibilidade.	
REsp n. 1.404.141 - PE - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	241
Certidão positiva de débitos com efeito de negativa - Município - Câmara Municipal - Débito - Fazenda Nacional - Princípio da intranscendência.	
REsp n. 1.452.963 - SC - Rel. Min. Gurgel de Faria	246
Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) - Fato gerador - Incidência - Adiantamento sobre contrato de câmbio (ACC).	
REsp n. 1.641.107 - PA - Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região)	257
Ação civil pública - Aproveitamento hidroelétrico - Matéria constitucional.	
REsp n. 1.699.663 - RN - Rel. Min. Regina Helena Costa.....	305
Pensão por morte - Beneficiário - Dependência econômica - Comprovação - Necessidade.	
REsp n. 1.725.452 - RS - Rel. p/ o acórdão Min. Regina Helena Costa	315
Programa de Integração Social (PIS) - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Princípio da segurança jurídica - Súmula n.544-STF - Varejista - Alíquota zero.	
REsp n. 1.844.316 - DF - Rel. Min. Benedito Gonçalves	365
Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Creditamento - Possibilidade - CTN, art.166 - Querosene de aviação.	
REsp n. 1.932.864 - SP - Rel. Min. Sérgio Kukina	375
Pena de perdimento do bem - Importação de aeronave - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) Suspensão do recolhimento.	

SEGUNDA TURMA 395

AREsp n. 1.471.958 - RS - Rel. Min. Assusete Magalhães	397
Crédito tributário - Decadência - Creditamento indevido - CTN, art.173.	
REsp n. 1.472.761 - PR - Rel. Min. Mauro Campbell Marques	413
Imposto de Renda (IR) Denúncia espontânea - [1] 9.430/1996, art. 47 - Multa de ofício - Afastamento.	

REsp n. 1.761.059 - SP - Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....	434
Julgado - Anulação - Instância de origem - Não apreciação de tese imprescindível - Prestação jurisdicional - Não ocorrência.	
REsp n. 1.868.072 - RS - Rel. Min. Francisco Falcão	447
Apelação não unânime - Técnica de ampliação do colegiado - Incidência.	
REsp n. 1.885.365 - PA - Rel. Min. Og Fernandes	456
Ação rescisória - Decadência - Termo inicial.	
REsp n. 1.927.701 - BA - Rel. Min. Francisco Falcão.....	471
Contrato de repasse com União - Ação social - Não configuração - Sinalização turística - Implantação - Impossibilidade.	

SEGUNDA SEÇÃO 481

AR n. 4.797 - MG - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti	483
Incompetência - Decisão rescindenda - Mérito - Não apreciação - Superior Tribunal de Justiça (STJ).	
REsp n. 1.794.209 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....	516
Recuperação Judicial - Coobrigados - Novação - Extensão - Impossibilidade - Plano de Recuperação.	
REsp n. 1.818.564 - DF - Rel. Min. Moura Ribeiro	594
Possibilidade - Processo de Regularização urbanística - Pendência.	

TOMO 2

TERCEIRA TURMA 633

REsp n. 1.699.855 - RS- Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	635
Arbitragem - Construção de usina hidrelétrica - Contrato verbal superveniente - Empreitada - Remuneração.	
REsp n. 1.725.736 - CE- Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....	659
Ação de obrigação de fazer - Autor - Falecimento - Restituição de valores - Impossibilidade - Saúde complementar - Tutela antecipada - Revogação.	
REsp n. 1.758.946 - SP- Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	671
Ação de reintegração de posse - Usufruto - Arrendamento rural - Usufrutuário - Falecimento.	

REsp n. 1.776.425 - SP- Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....686
Honorários advocatícios - Cabimento - Gratuidade judiciária - Legitimidade
recursal concorrente.

REsp n. 1.907.391 - RJ- Rel. Min. Moura Ribeiro.....692
Ação de cobrança - Exceção de contrato não cumprido - Reprovação de parte dos
serviços prestados.

QUARTA TURMA..... 705

HC n. 622.826 - MG - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....707
Execução de alimentos - [1] 5.478/1968, art. 13 - Tutela antecipada antes da
citação.

REsp n. 1.338.616 - DF - Rel. Min. Marco Buzzi731
Adoção unilateral afetiva de enteado - Autor - Padrasto - Diferença etária -
Desnecessidade.

REsp n. 1.345.170 - RS - Rel. Min. Luis Felipe Salomão741
Transmissão de direitos reais ou pessoais - Procuração em causa própria.

REsp n. 1.383.914 - RS - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....774
Falência - Créditos - Habilitação - Desnecessidade - Massa falida - Condenação
- litigância de má-fé.

REsp n. 1.412.247 - MG -Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira783
Indenização por morte - CPC, art. 833 - Seguro DPVAT - Impenhorabilidade.

REsp n. 1.539.056 - MG - Rel. Min. Luis Felipe Salomão789
Ação civil pública - Alienação de terreno a consumidor de baixa renda - Dano
moral coletivo - Publicidade enganosa.

REsp n. 1.626.997 - RJ - Rel. Min. Marco Buzzi.....820
Contrato de cartão de crédito - Cláusula abusiva - Não configuração -
Inadimplemento - Débito direto em conta corrente - Valor mínimo.

REsp n. 1.819.075 - RS - Rel. p/o acórdão Min. Raul Araújo.....834
Ação de obrigação de não fazer - Condomínio edilício - Locação fracionada -
Hospedagem atípica - Uso não residencial.

TERCEIRA SEÇÃO 911

CC n. 175.033 - GO - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... 913

Competência - Penhora Penal - Penhora trabalhista - Pluralidade de constrições Patrimoniais.

CC n. 176.659 - GO - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... 922

Competência - Justiça Federal - Penhora penal - Penhora Trabalhista - Pluralidade de constrições Patrimoniais.

REsp n. 1.794.854 - DF - Rel. Min. Laurita Vaz 932

Dosimetria da pena - Conduta social - Valoração - CP, art. 59.

QUINTA TURMA..... 951

AREsp n. 701.833 - SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas..... 953

Prova - Ilicitude - Compartilhamento de dados bancários - Ordem pública - Violação - Não ocorrência.

AREsp n. 1.555.030 - GO - Rel. Min. Ribeiro Dantas 972

Crime de estupro de vulnerável - Réu e vítima - Namoro - Matrimônio - Súmula n.593-STJ - Inaplicabilidade.

AgRg no HC n. 613.555 - RJ - Rel. Min. Felix Fischer 986

Sustentação oral - Não cabimento - Prisão preventiva - Regimento Interno do STJ - Observância .

AgRg no HC n. 653.202 - PE - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... 1005

Invasão domiciliar - Policial Militar - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Crime de posse irregular de arma de fogo - Crime de tráfico de entorpecentes.

AgRg no RHC n. 136.961 - RJ- Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca 1022

Ministério Público Estadual - Legitimidade passiva ad causam - Preso em condições degradantes - Princípio da Fraternidade - Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

AgRg no REsp n. 1.882.079 - RS - Rel. Min. Felix Fischer..... 1034

Ministério Público - Ilegitimidade passiva ad causam - Não configuração - Colaboração premiada - Compartilhamento requerido pela Receita Federal.

SEXTA TURMA 1051

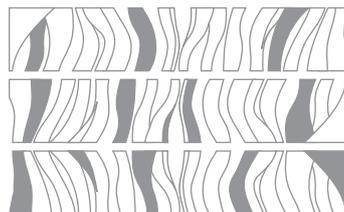
AgRg no AREsp n. 1.627.490 - DF - Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região)	1053
Crime de gestão fraudulenta ou temerária de bancos - Fato atípico - Lei n. 1.521/1951 - Lei n. 4.591/1964.	
AgRg no REsp n. 1.865.363 - SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro	1080
Domicílio - Violação - Cocaína - Apreensão de 12 gramas - Crime de tráfico de drogas - Denúncia anônima.	
HC n. 647.408 - CE - Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região)	1091
Crime de homicídio triplamente qualificado - Apelação em liberdade - Impossibilidade - Lei n. 13.964/2019.	
HC n. 649.103 - ES - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro	1109
Execução provisória da pena - Impossibilidade - CPP, art.283 - Pena de reclusão superior a 15 anos.	
HC n. 653.556 - SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz	1122
Progressão de regime - Crime hediondo - Lei n. 13.769/2018.	
RHC n. 143.516 - RJ - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz	1126
Crime contra a Ordem Tributária - Crédito tributário - Constituição - Não ocorrência - Suspensão da investigação - Necessidade.	
RMS n. 20.534 - RS - Rel. p/ o acórdão Min. Laurita Vaz.....	1143
Empregado público - Admissão - Anulação - Impossibilidade - Dúvida objetiva - Princípio da confiança.	

ÍNDICE ANALÍTICO 1177

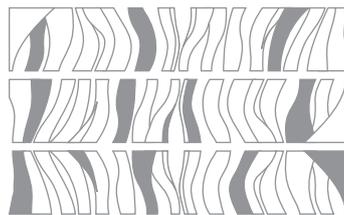
ÍNDICE SISTEMÁTICO 1193

SIGLAS E ABREVIATURAS 1199

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 1205



Jurisprudência



Corte Especial

**AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA N. 3.295-DF
(2021/0060842-2)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Coteminas S/A

Advogado: Julião Silveira Coelho - DF017202

Agravante: Alianca Geracao de Energia S.A.

Advogado: Pedro Henrique Maciel Fonseca - DF034315

Agravante: Corumbá Concessões S/A

Advogados: Bruno Bittar - DF016512

Bernardo de Mello Lombardi - DF033124

Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

Advogados: Fábila Mara Felipe Bezei - SP182403

Marcela de Andrade Soares Marensi

Interes.: Camara de Comercializacao de Energia Eletrica - CCEE

Advogado: Rafael Villar Gagliardi - SP195112

Interes.: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

EMENTA

Agravo interno na suspensão de segurança. ANEEL. Regulação da comercialização da energia elétrica. Interferência no exercício regular das funções institucionais atribuídas à agência. Comprovação inequívoca de violação dos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência.

1. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa efetiva lesão ao interesse público.

2. A suspensão de segurança é medida excepcional que não tem natureza jurídica de recurso, razão pela qual não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma.

3. As questões eminentemente jurídicas debatidas na instância originária são insuscetíveis de exame na via suspensiva, cujo debate tem de ser profundamente realizado no ambiente processual adequado

4. Deve-se ter cautela na interferência do Judiciário na seara meritória do órgão regulador competente, altamente marcado por rigorosos critérios técnicos.

5. O longo caminho percorrido pelo órgão regulador, com sua expertise no setor elétrico, até chegar à regulação técnica objetivada, não pode ser substituído sob pena de causar embaraço desproporcional ao exercício estável da atividade administrativa, com possível ocorrência de efeito multiplicador que leva a perigoso desequilíbrio sistêmico do setor.

6. Não foram apresentados argumentos robustos que pudessem infirmar a regulação setorial realizada pela agência, sobretudo tendo em vista que a suspensão de segurança não configura o ambiente processual adequado para realização de instrução probatória, que poderia culminar numa conclusão diversa da defendida pela parte requerente.

7. Inexistência de situações específicas ou dados concretos que efetivamente pudessem demonstrar que o comando judicial atual não deve prevalecer com relação ao reconhecimento de violação aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência.

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.
Brasília (DF), 22 de junho de 2021 (data do julgamento).
Jorge Mussi, Presidente
Humberto Martins, Relator

DJe 25.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo interno interposto por *Coteminas S. A.* e outras contra decisão de fls. 514-519, a qual deferiu o pedido para sustar os efeitos das decisões proferidas nos autos das Apelações Cíveis n. 1007042-78.2015.4.01.3400, 0019156- 32.2016.4.01.3400 e 1007625-63.2015.4.01.3400, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Alega a parte agravante que a controvérsia resolvida nos acórdãos atacados em nada se confunde com o que a agravada narra em seu pedido de suspensão, uma vez que, segundo argumenta, houve a confusão no que se refere às alegadas “três fases da judicialização do setor elétrico”.

Assevera que, numa primeira fase, iniciada em 2015, foram proferidas diversas decisões judiciais que “afastaram a artificial compressão do nível de geração hidrelétrica no País, por diversos fatos do príncipe” (fl. 528). Aduz que, ao operacionalizar tais decisões, a ANEEL imputou seus efeitos sobre os demais agentes que não eram objeto de decisão liminar, o que os levou a suportar seus efeitos econômicos. Tal fato, segundo pontua, criou segunda fase de ações judiciais, nas quais os agentes do mercado buscaram afastar esses efeitos financeiros. De consequência, explica que, em consonância com a causa de pedir e os pedidos da parte agravante, os acórdãos atacados apenas afastaram os ônus financeiros de decisões judiciais de terceiros, de forma a não frustrar o montante de energia alocado a ela.

Alega que, diante de tais decisões, a ANEEL buscou outra maneira de imputar os ônus financeiros das decisões judiciais da primeira fase, que suspenderam a exigibilidade de débitos de agentes de geração, sobrevivendo, então, a terceira fase de judicialização, na qual os credores do mercado de curto prazo buscavam garantir o recebimento de seus créditos a despeito da insuficiência global de arrecadação, estando equivocado, segundo defendem, o raciocínio

da parte agravada de que os credores buscavam tratamento diferenciado e privilegiado frente aos demais agentes.

Argumenta que o pedido de suspensão da ANEEL não poderia prosperar porque seria indispensável, para a comprovação de grave lesão, o demonstrativo de que o cumprimento imediato da decisão inviabiliza as funções estatais.

Alega, acerca do argumento de ocorrência de efeito multiplicador, que, quando todo um setor regulado busca judicialização, há claro sinal de que o problema está na regulação, e não na conduta dos agentes regulados.

Defende, ainda, a inexistência de grave lesão à economia pública, porquanto não há risco de recebimento privilegiado de créditos nas liquidações financeiras futuras, apenas garantia de que a parte agravante não está obrigada a arcar com os ônus das decisões judiciais, de forma isolada e concentrada.

Afirma a impossibilidade de suspensão de acórdão de mérito, o que levaria à conclusão de que não é cabível a presente suspensão, pois argumenta que a Lei n. 8.437/1992 prevê que somente cabe pedido de suspensão contra liminar, e não contra decisão de mérito; e as únicas exceções, segundo sua explicação, estão especificadas no § 1º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, o qual alcança as sentenças proferidas em ação cautelar inominada, ação civil pública e ação popular, que não seria a hipótese dos feitos de origem.

Destaca, também, o argumento da impossibilidade de a matéria ser analisada pelo STJ, uma vez que, conforme defende, os acórdãos fundamentam-se em entendimento jurisprudencial firmado pelo TRF1 com base em interpretação das Resoluções da ANEEL, portanto, atos infralegais que não permitiriam impugnação via recurso especial.

A ANEEL apresentou impugnação ao agravo interno às fls. 552-557, sob o fundamento de que a interessada não está legitimada para definir o conteúdo do interesse público primário, porquanto seu interesse revela-se eminentemente econômico, consistente na contabilização e liquidação financeiras no âmbito do mercado de curto prazo de energia elétrica.

Destaca que estão presentes graves lesões à ordem e à economia públicas, dado que a pretensão da parte agravante subverte sobremaneira as regras do rateio da inadimplência, rompendo as regras setoriais, o que compromete a higidez do plano elétrico nacional.

Aduz, ainda, que as afirmações da parte agravante levam ao debate de circunstâncias jurídicas em um campo no qual apenas se afigura lícita a discussão sob argumentos políticos.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Em primeiro lugar, com relação ao argumento de incompetência do STJ, destaco que não merece prosperar, tendo em vista que, na presente suspensão, houve o reconhecimento da competência por parte do STJ em razão de a questão controvertida possuir natureza infraconstitucional. Há infringência à legislação infraconstitucional que trata do regime jurídico-legal da ANEEL acerca da regulação da comercialização de energia elétrica, o que inclui o regramento do rateio da inadimplência. Sabe-se que o mercado de curto prazo é mercado essencialmente regulado, o qual, por meio das regras de comercialização (definidas pelas Leis n. 9.648/2004 e n. 10.848/2004, pelos Decretos n. 5.163/2004 e 5.177/2004), realiza a operação de toda a contabilização e a apuração dos valores líquidos devidos pelos e para os próprios agentes.

Tratando-se de questionamento da possibilidade de a ANEEL regular a comercialização de energia elétrica, vê-se que a problemática caracteriza-se como infraconstitucional por dizer respeito à violação dos arts. 2º e 3º, inciso XIV, da Lei n. 9.427/1996, bem como do regramento de comercialização do mercado de curto prazo inserto na Lei n. 10.848/2004 e nos Decretos n. 5.163/2004 e 5.177/2004.

Destaque-se que a desestruturação do mecanismo de rateio de inadimplência, alterando a alocação de custos entre os agentes, em violação da legislação infraconstitucional que determina à ANEEL a regulação da comercialização da energia elétrica, prejudica o funcionamento do mercado de curto prazo, o que caracteriza grave lesão à ordem administrativa, uma vez que não traz benefício sistêmico para os agentes nem para o mercado, infringindo toda a autonomia legal-administrativa da ANEEL na regulação do tema em questão.

Com relação ao argumento de que é impossível a suspensão do acórdão de mérito, vê-se que, no caso em tela, se trata de suspensão contra decisões proferidas em apelações que são decorrentes de julgamentos de sentenças, conforme autorizado pelo art. 15 da Lei n. 12.016/2009, conforme entendimento exposto na STA n. 774/DF, proposta no STF.

Com relação ao mérito suspensivo, sabe-se que a suspensão dos efeitos do ato judicial é providência excepcional, cabendo à parte requerente a efetiva demonstração da alegada ofensa grave a um daqueles valores. Cuida-se de uma prerrogativa decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade.

Tal instituto não tem natureza jurídica de recurso, razão pela qual não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma. Sua análise deve restringir-se à verificação de possível lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, nos termos da legislação de regência, sem adentrar no mérito da causa principal, de competência das instâncias ordinárias.

No caso em tela, não foram apresentados argumentos robustos que pudessem infirmar os fundamentos da decisão agravada de que, quando o Poder Judiciário se imiscui na competência legal-administrativa da ANEEL, substituindo o órgão regulador competente, com alteração das regras de setor altamente marcado por rigorosos critérios técnicos, há substituição do legítimo processo de construção dialética da regulação elétrica realizado pela agência.

Percebe-se tão somente mero inconformismo com a conclusão meritória, inclusive consubstanciada em jurisprudência no STJ, no sentido de indevida interferência no mérito do ato administrativo diante de questões concernentes a atos administrativos de agências reguladoras, as quais atuam com embasamento em legislação com profunda especificidade técnica sobre o mercado regulado.

Ademais, não obstante o esforço argumentativo realizado para diferenciar três fases descritas de judicialização do setor elétrico, com objetivo de justificar a reconsideração da decisão agravada, percebe-se que tal argumentação não impacta a conclusão de que ficou caracterizada a interferência judicial indevida na autonomia técnico-administrativa do órgão regulador nas tentativas de mitigação das consequências negativas, advindas de decisões judiciais individuais no mercado regulado, que vão estimulando judicializações em efeito cascata, que culminam em dificuldade administrativa de resolução definitiva a respeito da problemática.

Não importa, portanto, para obstar que as decisões judiciais individuais impactem todo o mercado regulado, que tenha sido caracterizada uma fase ou outra da judicialização, tal como argumentado pela parte agravante, pois é válida a tentativa da agência de tentar organizar administrativamente, de forma isonômica, o equilíbrio do sistema energético, evitando a subversão das regras quanto ao rateio por inadimplência.

Vê-se que a parte agravante traz debate jurídico que foge da discussão atinente ao mérito suspensivo, descaracterizando a natureza jurídica do presente incidente processual, que não pode configurar sucedâneo recursal, devendo, portanto, o debate se circunscrever à análise da violação dos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência, como foi realizada na decisão agravada de fls. 514-519.

Destaque-se, de toda sorte, que as questões eminentemente jurídicas debatidas na instância originária são insuscetíveis de exame na via suspensiva, cujo debate tem de ser profundamente realizado no ambiente processual adequado.

No sentido de que o art. 4º da Lei n. 8.437/1992 não contempla como um dos fundamentos para o conhecimento da suspensão a grave lesão à ordem jurídica, não havendo aqui espaço para a análise de eventuais *error in procedendo* e *error in iudicando*, restrita às vias ordinárias, colaciono o seguinte precedente desta Corte:

Agravo interno na suspensão de segurança. Ausência de demonstração de ofensa à ordem e à saúde públicas, bem como à ordem jurídica; esta última não consta do rol dos bens tutelados pela lei de regência. Agravada venceu em cinco lotes de pregão eletrônico, posteriores ao pedido suspensivo indeferido. Falta de plausibilidade das alegações de grave lesão. Agravo interno desprovido.

1. *O pedido de suspensão visa à preservação do interesse público e supõe a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, sendo, em princípio, seu respectivo cabimento, alheio ao mérito da causa. É uma prerrogativa da pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade, cabendo ao postulante a efetiva demonstração da alegada ofensa grave a um daqueles valores.*

2. *Tal pedido, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente os citados bens tutelados pela lei de regência (Leis n. 8.437/92 e 12.016/2009), não podendo ser manejado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examine o acerto ou desacerto da decisão cujos efeitos pretende-se sobrestar. Sustentada alegação de lesão à "ordem jurídica" não existe no rol dos bens tutelados pela lei de regência.*

3. A ora Agravada ainda presta serviço ao Agravante, com participação em certames licitatórios no âmbito do fornecimento de refeições hospitalares, tendo vencido em cinco lotes de pregão eletrônico, posteriores ao pedido de suspensão indeferido. Ausência da plausibilidade sustentada pelo Agravante, no tocante às graves lesões à ordem e à saúde públicas.

4. Agravo interno desprovido. (AglInt na SS n. 2.887/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 27/9/2017, grifo meu.).

Destaque-se que haverá continuidade do debate jurídico na demanda originária acerca de eventuais ilegalidades acerca da regulação realizada pela ANEEL, não havendo irreversibilidade constatada com a concessão da suspensão que prestigia a ordem e a economia públicas, podendo haver o retorno ao *status quo ante*, caso a conclusão meritória na ação de origem seja a

favor da parte agravante, com resultado no sentido de constatação de alguma reparação de prejuízo econômico.

Impende ressaltar, na verdade, o risco de caracterização de perigo inverso, uma vez que as sucessivas decisões judiciais que beneficiam alguns agentes causam um inevitável realinhamento dos custos em âmbito administrativo, em prejuízo de agentes não beneficiados por tais decisões e da própria estabilidade sistêmica do setor, o que vai culminando num efeito cascata anti-isonômico, que estimula novas judicializações num círculo vicioso infinito sem solução final, já que impede que a ANEEL promova a devida readequação contábil das perdas compartilhadas no mecanismo de realocação de energia.

Portanto, com relação ao mérito suspensivo, replico os fundamentos insertos na decisão de fls. 514-519, a qual deferiu o pedido de suspensão, bem delineando a questão controvertida nos agravos internos em epígrafe:

Está caracterizada a lesão à ordem pública, uma vez que o Poder Judiciário, ao imiscuir-se na seara administrativa, substituindo-se ao órgão regulador competente, altera as regras de um setor altamente marcado por rigorosos critérios técnicos em possuir a legitimidade atribuída ao órgão regulador, o qual percorre um longo caminho de estudos técnicos e debates dialéticos até chegar ao produto final da regulação específica. Tal atuar acaba por desconsiderar a presunção de legalidade do ato administrativo.

O longo caminho percorrido pelo órgão regulador, com sua expertise no setor elétrico, até chegar à regulação técnica objetivada, não pode ser substituído sob pena de causar embaraço desproporcional ao exercício estável da atividade administrativa, com possível ocorrência de efeito multiplicador que leva a um perigoso desequilíbrio sistêmico do setor.

Ao interferir na regulação especializada e técnica realizada pela ANEEL, o Judiciário acaba por substituir o legítimo processo de construção dialética da regulação elétrica. E tal substituição da decisão administrativa, construída em ambiente multilateral propício para o diálogo técnico, atinge de forma anti-isonômica os demais agentes participantes do mercado elétrico, que inclusive podem ter participado da elaboração da regulação, por meio de audiências públicas, com participação em debates e contribuições com estudos técnicos. Fica afetada a autonomia regulatória da administração pública, com impacto cascata com relação aos demais agentes envolvidos nesse mercado especializado.

Ademais, está configurada também a grave lesão à economia pública em razão da subversão das regras quanto ao rateio por inadimplência, o que propicia a concessão de tratamento diferenciado e privilegiado à parte adversa em detrimento dos demais agentes não integrantes da demanda judicial, o que desequilibra o setor elétrico ainda mais. É sabido que o tema está sujeito ao crivo

do Poder Judiciário; contudo, a precaução sugere não substituição das decisões tomadas e das regulações construídas pelas agências reguladora, conforme fundamentação acima explicitada. Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

Pedido de suspensão de medida liminar ajuizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica. Reajuste da tarifa de energia elétrica. Presunção de legitimidade do ato administrativo. Até prova cabal em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel. Agravo regimental provido. (AgRg na SLS n. 1.266-DF, relator Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe de 19/11/2010.)

Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Decisão atacada pelo incidente suspensivo que interfere na função regulatória da ANEEL quanto à fiscalização da produção e comercialização de energia elétrica. Grave lesão à ordem pública configurada. Suspensão deferida. Agravo regimental desprovido. I - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009) e a jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça e do col. Pretório Excelso, somente será cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida em ação movida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Precedentes do eg. STJ. II - *In casu*, causa grave lesão à ordem e à economia pública a decisão que, adentrando seara técnica de regulação do mercado de energia elétrica, permite a modificação de cálculo concernente à comercialização de energia elétrica pela UHE Santo Antônio, até solução definitiva de processo administrativo da ANEEL que visa à apuração de excludente de responsabilidade da sociedade empresária por atraso no cronograma do empreendimento. III - Isto porque o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar acerca de algum ato administrativo, deve agir com cautela, nos estreitos limites da legalidade, mormente em se tratando de questões concernentes a atos administrativos de agências reguladoras, cujo âmbito de atuação se dá com fulcro em legislação com ampla especificidade técnica sobre o mercado regulado. IV - Assim, a decisão atacada gera risco à ordem pública e à economia pública, na medida em que, ao privilegiar um interesse privado em detrimento do sistema elétrico como um todo, possibilita o desequilíbrio do sistema no qual se baseia a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica do país. Agravo regimental desprovido. (AgRg na SS n. 2.727-DF, relator Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe de 16/10/2014, grifo meu.)

Agravo regimental em suspensão de segurança. Encargos da TUST. Tarifa de uso dos sistemas de transmissão e TUSD. Tarifa de uso do sistema de distribuição de energia. Lesão a ordem e a economia pública configuradas. Interferência no mérito do ato administrativo. 1. A Lei n. 9.427/96, art. 3º, VI, atribuiu competência à ANEEL para fixar critérios para cálculo do preço de transporte de que trata a

Lei n. 9.074/95, art. 15, § 6º. Assim, a questão atinente aos critérios utilizados na composição do preço cobrado pelo serviço de transporte é matéria atinente ao mérito do ato administrativo da ANEEL, não sendo possível ao judiciário nela intervir, a não ser para aferir a legalidade. 2. Ameaçada a ordem pública quando inviabilizado o exercício regular das funções institucionais atribuídas por lei à ANEEL, a quem competia definir quais os encargos que guardam pertinência com as despesas que compõem o “custo de transporte” de energia elétrica. 3. A obrigatoriedade do repasse dos valores referentes aos “encargos” propriamente ditos, independente de seu recebimento, e, ainda, a possibilidade do repasse dos custos que compõem a TUSD não pagos pelas agravantes aos milhares de consumidores, aliadas à possibilidade de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com previsível queda na qualidade dos serviços prestados à população, recomendam o deferimento da suspensão, para evitar lesão à economia pública. 4. Preenchidos os requisitos legais, impõe-se a manutenção da suspensão concedida. Agravo Regimental não provido. (AgRg na SS n. 1.424-RJ, relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, DJ de 6/6/2005, grifo meu.)

Ressalte-se a jurisprudência no sentido de que o julgador não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes ou a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou fundamento suficiente para embasar a decisão. Veja-se este precedente:

Embargos declaratórios. Reajuste da tabela do SUS. Pedido de suspensão de tutela antecipada. Deferimento. Presença dos requisitos autorizadores ? Omissão e obscuridade não caracterizadas.

1. *O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos suscitados no recurso, principalmente quando decide a questão com base em outros fundamentos.*

2. Inexistindo a alegada litispendência, desnecessário se torna discorrer sobre óbice processual que não se consubstanciou.

3. Os comandos insertos na Lei n. 8.437/92, art. 4º, *caput* e § 9º, não deixam dúvidas nem quanto ao termo *ad quem* de liminar concedida neste caso concreto, nem quanto à possibilidade de uso do incidente de suspensão para evitar lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência e não apenas para fazer cessar os efeitos de decisão que ameace a ordem, a saúde, a segurança ou à economia públicas já executada ou em execução.

4. Incabíveis os embargos de declaração quando inexistente omissão ou obscuridade no acórdão recorrido.

5. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no AgRg na SLS n. 58/RS, Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, DJ de 3/4/2006, grifo meu.)

Importante destacar, ademais, que a suspensão possui caráter eminentemente político ao verificar a lesividade aos bens jurídicos tutelados pela lei de regência. Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente a respeito da natureza jurídica da suspensão:

Suspensão de liminar. Licitação. Serviços de transporte coletivo urbano de passageiros. Procedimento homologado e em fase de execução contratual. Suspensão. Lesão à ordem e à economia públicas configurada. Exaurimento das vias recursais na origem. Desnecessidade.

1. Não é necessário o exaurimento das vias recursais na origem para que se possa ter acesso à medida excepcional prevista na Lei n. 8.437/1992.

2. *É eminentemente político o juízo acerca de eventual lesividade da decisão impugnada na via da suspensão de segurança, razão pela qual a concessão dessa medida, em princípio, é alheia ao mérito da causa originária.*

3. *A decisão judicial que, sem as devidas cautelas, suspende liminarmente procedimento licitatório já homologado e em fase de execução contratual interfere, de modo abrupto e, portanto, indesejável, na normalidade administrativa do ente estatal, causando tumulto desnecessário no planejamento e execução das ações inerentes à gestão pública.*

4. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt na SLS n.2.702/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe de 27/8/2020, grifo meu).

Assim, deve ser mantida a decisão proferida às fls. 514-519, na qual foi deferido o pedido de suspensão.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

**AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA
SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 2.814-SP
(2020/0270307-0)**

Relator: Ministro Humberto Martins
Agravante: Cerimonial da Paz Ltda

Advogados: Ricardo Hasson Sayeg e outro(s) - SP108332
Antônio Carlos Freiras Melro de Gouveia - AL004314
Brunno de Andrade Lins - AL010762
Renata Perri Andrade Feitosa de Souza - SP192813
Henrique Nelson Calandra - SP037780

Agravado: Joao Caetano da Paixao

Advogado: Marco Aurelio do Carmo - SP148900

Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

EMENTA

Agravo interno na suspensão de liminar e de sentença. Anulação de licitação. Retomada do serviço pelo Município. Lesão à ordem pública não configurada.

1. O pleito suspensivo é providência extraordinária destinada a afastar grave lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança públicas, de forma que o elemento central que justifica seu deferimento é a ocorrência do dano.

2. A anulação dos atos administrativos e da licitação não constitui, por si só, demonstrativo de ofensa a interesse público, ainda mais quando a municipalidade noticia a adoção de providências para o serviço funerário, conforme mencionado pela própria requerente.

3. Ausência de demonstração de que a anulação da licitação e a retomada do objeto da concessão pelo município resultam em risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, elemento necessário à concessão do efeito suspensivo pretendido.

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Luis

Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 22 de junho de 2021 (data do julgamento).

Jorge Mussi, Presidente

Humberto Martins, Relator

DJe 25.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo interno interposto pelo *Cerimonial da Paz Ltda.* contra decisão que indeferiu o pedido suspensivo que objetivava sustar os efeitos da decisão proferida na Ação Popular n. 1001634-78.2017.8.26.0176 pelo Juízo da 1ª Vara de Embu das Artes, que declarou nula a licitação e o respectivo contrato administrativo celebrado pelo ora agravante, decisão que foi mantida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do Agravo Interno Cível n. 2038454-20.2020.8.26.0000/50000.

Nas razões do integrativo, o agravante alega que há inegável ofensa a interesse público e subversão da ordem jurídica, pois a municipalidade não tem nenhuma condição de manter e administrar os cemitérios municipais, haja vista que, antes da concessão, prestava os serviços de forma precária, o que motivou sua privatização.

Aduz que a anulação do contrato de forma abrupta põe em risco a regular prestação de serviço público essencial e afeta o interesse público primário, enfatizando que, até a presente data, não há nenhuma licitação para concessão do serviço e que não houve previsão orçamentária na Lei Orçamentária de 2020 e 2021 para a gestão dos cemitérios.

Requer o provimento do presente agravo a fim suspender os efeitos da sentença proferida na Ação Popular n. 1001634-78.2017.8.26.0176.

Não foi apresentada impugnação, conforme certidão de fl. 303.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O agravo interno não prospera.

Inicialmente, “esta Corte reconhece a legitimidade ativa das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público) para a propositura de pedido de suspensão, quando na defesa do interesse público primário” (AgRg no AgRg na SLS n. 1.955/DF, relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 29/4/2015).

Frise-se que a lesão ao bem jurídico deve ser grave e iminente, devendo o requerente demonstrar, de modo cabal e preciso, tal aspecto da medida impugnada. Nesse sentido, veja-se precedente:

Agravo regimental. Suspensão de liminar. Lesão à ordem e economia públicas não demonstrada.

- O potencial lesivo à ordem pública e econômica deve ser demonstrado de forma inequívoca. Precedentes.- Não se admite suspensão louvada apenas em suposta ameaça de grave lesão à ordem jurídica. Precedentes. (AgRg na SLS n. 845/PE, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJe de 23/6/2008.)

In casu, a excepcionalidade prevista na legislação de regência não foi devidamente comprovada.

A requerente, ora agravante, pretende sustar os efeitos da decisão proferida na Ação Popular n. 1001634-78.2017.8.26.0176, que julgou procedente o pedido de nulidade da Licitação n. 2.666/2016 (Concorrência n. 006/2016) e consequente contratação pública (Contrato Administrativo de Concessão n. 001/2016, do 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão n. 001/2016) e os efeitos deles decorrentes, bem como do Decreto Municipal n. 1.220/2016.

Entre os fundamentos adotados na decisão, destacam-se os seguintes (fls. 31-33):

Assim, mesmo após ampla divulgação do certame (fls. 269 e 273), apenas a empresa requerida compareceu para entrega de documentação e apresentação de proposta (fls. 319), tratando-se de única concorrente, fato que sinaliza para dúvida sobre o atendimento do princípio da impessoalidade.

[...]

Confirmando as suspeitas de direcionamento da licitação, logo após a contratação, uma série de vantagens para o cumprimento do contrato foram oferecidas para a empresa vencedora, sem que estivessem previamente indicadas no edital, levando a crer que as respectivas omissões foram realizadas dolosamente para impedir a atração do interesse de outros candidatos e beneficiar a empresa vencedora do certame.

[...]

Nesse sentido, a dilação do prazo e mudança da forma de pagamento da garantia, sendo o preço à vista no valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) substituído pela construção de obra municipal com prazo de 05 (cinco) anos (fls. 354, cláusula primeira e fls. 347/353), não possui fundamento no edital, não encontrou justificativa plausível no caso concreto e tampouco restou demonstrada a equivalência das prestações.

[...]

Além disso, incontroverso que houve a concessão de créditos tributários em benefício da empresa concessionária, permitindo que cobrasse pelos serviços que foram prestados diretamente pela Municipalidade, cujas taxas ainda não haviam sido recolhidas, sem que sequer fosse realizado um estudo sobre o montante de crédito que materializava e os impactos que poderia ensejar nas contas públicas.

[...]

Tais fatos revelam que, em verdade, o gestor público violou o princípio da legalidade, da impessoalidade, moralidade e eficiência, visando estabelecer disposições que favorecessem de forma desproporcional os interesses da concessionária, sem qualquer previsão no instrumento convocatório e possibilidade de concorrência dos demais interessados, em detrimento da própria população, em nítido desvio de finalidade da licitação e do contrato.

[...]

O caso em tela, portanto, adequadamente se subsume ao disposto no (art. 2º, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei 4.717/65), considerando que restou demonstrado que a formalização da licitação e do contrato, incluindo seu respectivo aditivo e o decreto que aumentou o preço das tarifas, fora realizada sem vinculação ao instrumento convocatório, com desvio de finalidade, sem a existência de motivos claros e com ilegalidade de objeto, na medida em que buscava apenas favorecer a concessionária. Por todo o exposto, razão assiste ao autor popular ao requerer o reconhecimento da nulidade dos atos administrativos acima indicados, por serem lesivos ao erário, em especial a licitação n. 2.666/2016 (Concorrência n. 006/2016) e consequente contratação pública (Contrato Administrativo de Concessão n. 001/2016, do 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão n. 001/2016) e os efeitos deles decorrentes, bem como do Decreto Municipal n. 1.220/2016.

Tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal já consignaram a possibilidade de se realizar um juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo da contracautela, conforme se depreende do julgado abaixo:

Agravo interno no pedido de suspensão de segurança. Licitação para aquisição de licença de uso de *software* para proteção de rede do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Decisão que suspendeu o certame. Grave lesão à ordem pública configurada. Vício no procedimento não demonstrado. Documento apresentado pela empresa vencedora que permite a aferição de sua capacidade técnica. Prosseguimento do certame. Interesse público resguardado. Juízo mínimo sobre o mérito da demanda. Possibilidade. Agravo interno desprovido.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento pacificado de que a decisão que examina o pedido de suspensão de liminar não pode afastar-se integralmente do mérito da ação originária. Permite-se um juízo mínimo de delibação sobre a questão de fundo da demanda, para verificar a plausibilidade do direito, evitando-se tornar a via processual do pedido suspensivo campo para manutenção de decisões ilegítimas.

2. No caso, o documento apresentado pela empresa vencedora não inviabilizou a aferição de sua capacidade técnica, conforme expressamente consignado na decisão do Juízo de primeiro grau, bem como no parecer da Gerência de Infraestrutura Tecnológica do TJMG. Assim, o prosseguimento do certame licitatório é medida que se impõe para proteção do interesse público.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt na SS n. 2.900 MG 2017/0161062-0, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 6/2/2018.)

Conforme bem destacado pelos acórdãos na origem, a anulação dos atos administrativos e da licitação não constitui, por si só, demonstrativo de ofensa a interesse público, ainda mais quando a municipalidade noticia a adoção de providências para o serviço funerário, conforme mencionado pela própria requerente.

Ressaltou-se, assim, que não estão configurados os pressupostos do excepcional remédio de suspensão de segurança, quais sejam, lesão à ordem, à economia, à saúde ou à segurança públicas, uma vez que não há nenhuma comprovação de grave risco a um dos bens jurídicos tutelados e que configuraria o *periculum in mora*, na especial acepção que este requisito assume no remédio da suspensão de liminar ou de sentença.

Logo, não ficou demonstrado de que modo a anulação da licitação e a retomada do objeto da concessão pelo município resultam em risco de dano

grave, de difícil ou impossível reparação, elemento necessário à concessão do efeito suspensivo pretendido.

A insatisfação da requerente com a decisão impugnada e o evidente interesse pessoal em restabelecer a concessão aparentam transcender o interesse público em discussão.

Além disso, verificar as questões discutidas nesta ação – em especial, a lisura do procedimento licitatório, a violação da ampla concorrência e a majoração das tarifas dos serviços – transformaria o instituto da suspensão de liminar e de sentença em sucedâneo recursal e demandaria a indevida apreciação do mérito da controvérsia principal, que é matéria alheia à via suspensiva.

Confira-se entendimento semelhante:

Agravo interno na suspensão de segurança. Ausência de demonstração de ofensa à ordem e à saúde pública, bem como à ordem jurídica; esta última não consta do rol dos bens tutelados pela lei de regência. Agravada venceu em cinco lotes de pregão eletrônico, posteriores ao pedido suspensivo indeferido. Falta de plausibilidade das alegações de grave lesão. Agravo interno desprovido.

1. O pedido de suspensão visa à preservação do interesse público e supõe a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, sendo, em princípio, seu respectivo cabimento, alheio ao mérito da causa. É uma prerrogativa da pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade, cabendo ao postulante a efetiva demonstração da alegada ofensa grave a um daqueles valores.

2. Tal pedido, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente os citados bens tutelados pela lei de regência (Leis n. 8.437/92 e 12.016/2009), não podendo ser manejado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examine o acerto ou desacerto da decisão cujos efeitos pretende-se sobrestar. Sustentada alegação de lesão à “ordem jurídica” não existe no rol dos bens tutelados pela lei de regência.

3. A ora Agravada ainda presta serviço ao Agravante, com participação em certames licitatórios no âmbito do fornecimento de refeições hospitalares, tendo vencido em cinco lotes de pregão eletrônico, posteriores ao pedido de suspensão indeferido. Ausência da plausibilidade sustentada pelo Agravante, no tocante às graves lesões à ordem e à saúde públicas.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt na SS n. 2.887/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 27/9/2017.)

Por essas razões, entendo que não ficou demonstrada a grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
N. 1.663.952-RJ (2020/0035662-1)**

Relator: Ministro Raul Araújo

Embargante: Domingos Matheus Chaves de Castro Correa (Preso)

Advogados: José Marcelo Carvalho Cortes - RJ136776

Eric Ferreira Paraizo - RJ224571

Embargado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Direito Processual. Embargos de divergência no agravo em recurso especial. Processo judicial eletrônico. Duplicidade de intimações: publicação no Diário da Justiça Eletrônico e por Portal Eletrônico (Lei 11.419/2006, arts. 4º e 5º). Prevalência da intimação pelo Portal Eletrônico. Recurso conhecido e provido.

1. A Lei 11.419/2006 - Lei do Processo Judicial Eletrônico - prevê dois tipos de intimações criados para atender à evolução do sistema de informatização dos processos judiciais. A primeira intimação, tratada no art. 4º, de caráter geral, é realizada por publicação no Diário da Justiça Eletrônico; e a segunda, referida no art. 5º, de índole especial, é feita pelo Portal Eletrônico, no qual os advogados previamente se cadastram nos sistemas eletrônicos dos Tribunais para receber a comunicação dos atos processuais.

2. Embora não haja antinomia entre as duas formas de intimação previstas na Lei, ambas aptas a ensejar a válida intimação das partes e de seus advogados, não se pode perder de vista que, caso aconteçam em duplicidade e em diferentes datas, deve ser garantida aos intimados

a previsibilidade e segurança objetivas acerca de qual delas deve prevalecer, evitando-se confusão e incerteza na contagem dos prazos processuais peremptórios.

3. Assim, há de prevalecer a intimação prevista no art. 5º da Lei do Processo Eletrônico, à qual o § 6º do art. 5º atribui *status* de intimação pessoal, por ser forma especial sobre a genérica, privilegiando-se a boa-fé processual e a confiança dos operadores jurídicos nos sistemas informatizados de processo eletrônico, bem como garantindo-se a credibilidade e eficiência desses sistemas. Caso preponderasse a intimação por forma geral sobre a de feição especial, quando aquela fosse primeiramente publicada, é evidente que o advogado cadastrado perderia o prazo para falar nos autos ou praticar o ato, pois, confiando no sistema, aguardaria aquela intimação específica posterior.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos, afastando-se a intempestividade do recurso especial.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi conhecendo do recurso e negando-lhe provimento, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Francisco Falcão, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin e Benedito Gonçalves, e os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes, Paulo de Tarso Sanseverino, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, a Corte Especial, por maioria, decide conhecer e dar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Paulo de Tarso Sanseverino, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin e Benedito Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 19 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de *embargos de divergência* apresentados por *Domingos Matheus Chaves de Castro Correa contra acórdão da colenda Quinta Turma* assim ementado:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Receptação. Roubo majorado. Corrupção de menores. Porte de arma de fogo com numeração suprimida ou adulterada. Pronúncia. Decisão agravada proferida pela Presidência desta Corte Superior. Manutenção.

I - “*Cediço neste Superior Tribunal de Justiça que ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJE, prevalece esta última, uma vez que nos termos da Lei 11.419/2006, a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais. Precedentes*” (AgRg no AREsp 1.580.202/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJPE), DJe 24/3/2020, grifei)

II - *In casu*, “a parte Recorrente foi intimada do acórdão recorrido em 25/06/2019, sendo o recurso especial interposto somente em 22/07/2019. O recurso é, pois, manifestamente intempestivo, porquanto interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias corridos, nos termos do art. 994, VI, c.c. os arts. 1.003, § 5º e 1.029, todos do Código de Processo Civil, bem como o art. 798 do Código de Processo Penal” (fl. 567).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.663.952/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 15/5/2020)

Em suas razões, o ora embargante alega que o aresto embargado divergiu dos seguintes precedentes desta Corte de Justiça:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Interposição de dois agravos regimentais. Preclusão consumativa. Unirrecorribilidade. Duplicidade de intimações. Processo eletrônico. Previsão expressa no art. 5º da Lei n. 11.419/2006. Prevalência da comunicação via portal eletrônico. Matéria penal. Interpretação mais benéfica ao réu na hipótese de dúvida. Tempestividade aferida. Agravo em recurso especial. Ausência de impugnação específica. Argumentação genérica. Aplicação da Súmula 182/STJ.

1. Quando da interposição simultânea de dois agravos regimentais contra o mesmo ato judicial e pelo mesmo agravante, deve ser conhecido apenas o primeiro deles, por força do princípio da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa.

2. *Em se tratando de processo eletrônico, conforme expressamente previsto no art. 5º da Lei n. 11.419/2006, deve prevalecer a intimação via portal eletrônico, em virtude*

de tal modalidade dispensar a publicação via Diário da Justiça eletrônico. Precedente: AgInt no AREsp n. 903.091/RJ, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 27/3/2017 3. Em se tratando de matéria penal, havendo dúvidas, deve prevalecer a interpretação que seja mais benéfica ao réu.

4. A impugnação genérica, na qual o agravante deixa de mencionar qualquer argumento relativo à não incidência dos óbices sumulares utilizados na decisão agravada, atrai a incidência da Súmula 182/STJ à espécie.

5. Agravo regimental às fls. 696/706 (Petição n. 117751/2018) não conhecido e agravo regimental às fls. 685/695 (Petição n. 117615/2018) provido para reconsiderar a decisão da Presidência, reconhecendo a tempestividade do recurso especial às fls. 613/622.

Agravo em recurso especial não conhecido (art. 253, I, do RISTJ).

(AgInt no AREsp 1.227.973/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe de 12/06/2018)

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Processual Civil. CPC/2015. Intimação eletrônica precedida de intimação no DJe. Contagem de prazo. Prevalência da intimação eletrônica. Exegese do art. 5º da Lei 11.419/2006. Tempestividade do agravo em recurso especial.

1. Controvérsia acerca da contagem de prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, um via DJe e outra por meio de portal eletrônico.

2. "As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico" (art. 5º, 'caput', Lei 11.419/2006, sem grifos no original).

3. *Prevalência da intimação eletrônica sobre a intimação via DJe, na hipótese de duplicidade de intimações. Entendimento em sintonia com o CPC/2015.*

4. Contagem do prazo recursal a partir da data em que se considera realizada a intimação eletrônica.

5. Tempestividade do recurso, na espécie.

6. *Agravo interno provido.*

(AgInt no AREsp 903.091/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe de 27/03/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Tempestividade. Prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no DJe. Agravo em recurso especial. Violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Reconhecimento.

1. *A Lei n. 11.419/2006 - que dispôs sobre a informatização do processo judicial - previu que as intimações serão realizadas por meio eletrônico em portal próprio, dispensando-se a publicação no órgão oficial.*

2. O Código de Processo Civil/2015 avançou ao delimitar o tema, prevendo, em seu artigo 272, que, quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

3. A partir da perquirição dos dispositivos legais que referenciam o tema, resta evidente que a *mens legis* pretendeu deixar claro que a regra em relação à comunicação dos atos processuais aos advogados ocorre mediante a intimação por via eletrônica, valorizando-se a informatização dos processos judiciais.

4. *Verifica-se que a melhor hermenêutica subsume-se à prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no Diário de Justiça, entendimento em sintonia com o novel Código de Processo Civil.*

5. A referida interpretação protege a confiança dos patronos e jurisdicionados aos atos praticados pelo Poder Judiciário, zelando pelo princípio da presunção de legalidade e da boa-fé processual, evitando, por fim, a indesejável surpresa na condução do processo.

6. O teor da Resolução n. 234/2016 do CNJ não contradiz o CPC/2015, pois referencia apenas a possibilidade de a publicação no DJe substituir qualquer outra forma de publicação oficial.

7. No caso concreto, não é admissível considerar intempestivo o presente agravo em recurso especial, notadamente porque o próprio Tribunal Estadual atestara que os advogados da recorrente foram tacitamente intimados por via eletrônica em 19.2.2018. Dessa forma, como o recurso foi interposto em 12.3.2018, dentro, portanto, do lapso temporal de 15 dias úteis, deve ser considerado tempestivo.

8. O conhecimento do recurso especial exige a manifestação do Tribunal local acerca da tese de direito suscitada. Recusando-se a Corte de origem a apreciar a questão federal, fica obstaculizado o acesso à instância extrema, cabendo à parte vencedora invocar, como no caso, a infringência aos arts. 489 e 1.022 do CPC, a fim de anular o acórdão recorrido, para que o Tribunal *a quo* supra a omissão existente.

9. A Corte de origem rejeitou os aclaratórios sem tecer qualquer comentário, de forma específica e fundamentada, quanto às matérias suscitadas pela recorrente em sede de embargos de declaração, imprescindíveis para a composição da lide, razão pela qual os autos devem retornar à instância *a quo*, para que seja apreciada, novamente, a tese expandida.

10. Agravo interno provido para afastar a intempestividade. Agravo nos próprios autos conhecido para dar provimento ao recurso especial.

(AgInt no AREsp 1.330.052/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/03/2019, DJe de 29/04/2019)

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. CPC/2015. Intimação no DJe e intimação eletrônica. Contagem

do prazo recursal. Prevalência da intimação eletrônica. Exegese do art. 5º da Lei 11.419/2006. Tempestividade do recurso especial. Necessidade de enfrentamento do mérito recursal.

1. Controvérsia acerca da contagem de prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, um via DJe e outra via portal eletrônico de intimações.

2. *“As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico” (art. 5º, ‘caput’, Lei 11.419/2006, sem grifos no original).*

3. *Prevalência da intimação eletrônica sobre a intimação via DJe, na hipótese de duplicidade de intimações. Entendimento em sintonia com o CPC/2015.*

4. Contagem do prazo recursal a partir da data em que se considera realizada a intimação eletrônica, sendo tempestivo o em recurso especial interposto nestes autos.

5. Reforma da decisão agravada para se afastar o óbice da intempestividade.

6. *Embargos de declaração acolhidos.*

(EDcl no AgInt no AREsp 1.281.774/AP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2020, DJe de 18/03/2020)

Afirma, nesse contexto, que, na hipótese de duplicidade de intimações, as intimações eletrônicas previstas na Lei 11.419/2006 (Portal Eletrônico) devem prevalecer sobre as publicações realizadas via órgão oficial (Diário de Justiça Eletrônico).

Requer, ao final, *“sejam conhecidos e providos os presentes Embargos de Divergência, para o reexame do acórdão em tela, e assim pacificar o entendimento desse Colendo Tribunal, consoante o entendimento proferido pelos acórdãos paradigmas, na exata medida em que resta amplamente comprovada a semelhança fática entre o acórdão embargado e os diversos paradigmas, de forma a ser anulado o julgamento que **negou** provimento ao Agravo Regimental, ante a equivocada intempestividade, para que outra decisão seja prolatada possibilitando que tanto o Agravo Regimental, quanto o Recurso Especial sejam conhecidos e dados provimentos”.*

Este Relator, na decisão de fls. 749-752, admitiu os embargos de divergência.

Devidamente intimado, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro apresentou impugnação.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 778/787, no sentido da rejeição dos embargos, sob o fundamento de que *“o art. 4º, § 2º da Lei n. 11.419/06 estabelece que a publicação no Diário da Justiça eletrônico substitui*

qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais, como no caso em tela. Ademais, tal disposição foi acolhida pelo Conselho Nacional de Justiça quando da edição da Resolução n. 234, de 13 de julho de 2016, a qual regulamenta as publicações e intimações na vigência do CPC de 2015”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): A controvérsia cinge-se a aferir a prevalência do termo inicial de contagem dos prazos processuais quando houver duplicidade de intimações eletrônicas previstas na Lei Federal 11.419/2006 (Lei do Processo Eletrônico), mais especificamente as intimações ocorridas no Diário da Justiça Eletrônico e no Portal Eletrônico.

A respeito da temática, coexistem nesta Corte Superior três vertentes jurisprudenciais.

A primeira, que entende, no mesmo sentido do acórdão ora embargado, prevalecer a publicação em Diário de Justiça eletrônico, pois esta substituiria qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.

A segunda, na mesma linha intelectual dos arestos paradigmas, a qual conclui que a intimação efetivada por meio do portal previsto no art. 5º da Lei 11.419/2006 prevalece sobre aquela realizada pelo Diário da Justiça eletrônico.

E uma terceira vertente, que compreende que, havendo duplicidade de intimações, deve ser considerada a primeira validamente efetuada.

Tais orientações jurisprudenciais podem ser vislumbradas nos acórdãos a seguir transcritos, inclusive alguns de minha Relatoria:

Orientação I

Agravo interno nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Contagem de prazo. Intimação pelo Diário da Justiça. Prevalência sobre intimação eletrônica. Acórdão embargado conforme entendimento atual do STJ. Súmula n. 168/STJ. Recurso não provido.

1. Estando o acórdão embargado de acordo com a jurisprudência atual desta Corte no sentido de que *deve prevalecer a intimação realizada pela imprensa oficial quando houver também a intimação pela via eletrônica, tem incidência o disposto no verbete n. 168/STJ.*

2. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EAREsp 1.448.288/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 18/12/2019, DJe de 04/02/2020)

Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Intempestividade. Feriado local não comprovado no ato de interposição do recurso especial. Agravo regimental desprovido.

1. A Corte Especial, no julgamento do AREsp 957.821/MS, pacificou o tema no âmbito desta Corte Superior, decidindo que “o art. 1.003, § 6º, do CPC/15, diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”.

2. No caso, o acórdão recorrido foi publicado em 18/2/2019 (fl. 4.882), tendo por termo inicial a data de 19/2/2019 e por termo final a data de 5/3/2019. No entanto, o recurso especial foi interposto em 7/3/2019 (fls. 4.890/4.925), sem comprovação da suspensão do prazo.

3. O feriado de carnaval não é considerado feriado nacional, consoante Lei Federal n. 10.607/2002.

4. *Firme nesta Corte o entendimento de que “ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJE, prevalece esta última, uma vez que nos termos da Lei 11.419/2006, a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais” (AgRg no AREsp 1.381.136/RJ, Rel. Ministro **Felix Fischer, Quinta Turma**, DJe 19/12/2018).*

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 1.564.428/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe de 23/06/2020)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Crimes militares. Certificação do trânsito em julgado. Alegada nulidade da decisão que atestou a intempestividade do agravo em recurso especial. Inocorrência. Dupla intimação. Prevalência da intimação pelo DJE. Precedentes das Turmas Criminais do STJ. Agravo improvido.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, *em sendo publicada a decisão no Diário de Justiça Eletrônico, essa, para todos os efeitos legais previstos - no caso, a contagem do prazo recursal -, sobrepõe-se a qualquer outra espécie de publicação oficial, inclusive a intimação eletrônica prevista na Lei n. 11.419/2006* (AgRg no AREsp 1.666.154/AP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 1º/9/2020, DJe de 17/9/2020).

2. Como cediço neste Superior Tribunal de Justiça, *ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJE, prevalece esta última, uma vez que nos termos da Lei 11.419/2006, a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais*. Precedentes

(AgRg no AREsp 1.659.691/RJ, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe de 26/8/2020).

3. Na hipótese, a decisão que não admitiu o recurso especial foi publicada no DJEERJ em 5/9/2016, contudo a defesa interpôs o recurso de agravo em recurso especial, apenas, em 27/9/2016, fora, portanto, do prazo legalmente estabelecido de 15 (quinze) dias corridos, nos termos do art. 994, VIII, c/c os arts. 1.003, § 5º, 1.042, *caput*, do Código de Processo Civil, bem como do art. 798 do Código de Processo Penal.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 611.694/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 26/10/2020)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Decisão da Presidência do STJ. Intempestividade do recurso especial e do agravo nos próprios autos. Duplicidade de intimação. Prevalência da publicação no Diário de Justiça Eletrônico. Precedentes. Decisão mantida.

1. *De acordo com a jurisprudência da Corte Especial do STJ, “deve prevalecer a intimação realizada pela imprensa oficial quando houver também a intimação pela via eletrônica” (AgInt nos EAREsp n. 1.448.288/RJ, Relatora Ministra **Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial**, julgado em 18/12/2019, DJe 4/2/2020).*

2. O prazo para interposição do recurso especial e do agravo nos próprios autos é de 15 (quinze) dias úteis, a teor do que dispõem os arts. 219, *caput*, e 1.003, § 5º, do CPC/2015.

3. No caso concreto, os referidos recursos foram interpostos após o transcurso do prazo legal, sendo, portanto, intempestivos.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.087.306/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 21/09/2020, DJe de 24/09/2020)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de rescisão contratual cumulada com pedidos de obrigação de não fazer e compensação por danos morais. Intempestividade do agravo em recurso especial. Lei n. 11.419/2006. Intimação tácita. Prevalência da publicação do Diário de Justiça Eletrônico.

1. Ação de rescisão contratual cumulada com pedidos de obrigação de não fazer e compensação por danos morais.

2. *Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no Diário de Justiça eletrônico, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação, a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.*

3. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido.

(AgInt no REsp 1.827.489/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 30/03/2020, DJe de 1º/04/2020)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Interposição intempestiva. Não conhecimento. Falta de comprovação de feriado local. Precedente. Corte Especial. Duplicidade de intimações. Prevalcimento da publicação na imprensa eletrônica. Precedentes.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, chamada à interpretação do art. 1.003, § 6º, do CPC/2015, consolidou o entendimento de que a comprovação da tempestividade do recurso deve ocorrer no ato de interposição, inclusive quanto aos eventuais feriados locais, pena de não conhecimento, não admitindo atuação corretiva posterior da parte. Inteligência do AREsp 957.821/MS, relatora para o acórdão a Em. Ministra Nancy Andrichi.

2. *Na hipótese de duplicidade de intimações, uma por acesso aos autos eletrônicos e outra por publicação na imprensa oficial, o “dies a quo” inicia-se com esta, que deve prevalecer.* Precedentes.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.448.288/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/09/2019, DJe de 05/09/2019)

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. O conhecimento do recurso pressupõe o reconhecimento implícito da tempestividade recursal. Intempestividade arguida em contrarrazões. Necessidade de manifestação expressa. Omissão. Embargos acolhidos.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na decisão ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, art. 1.022).

2. O exame do mérito do recurso especial pelo relator pressupõe a existência dos requisitos extrínsecos da admissibilidade recursal, não cabendo falar em omissão. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “quando o relator inicia a análise do mérito do recurso especial, implicitamente deve-se considerar ultrapassadas as preliminares de ordem formal” (AgRg no Ag 1.276.352/RS, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 18/10/2010).

3. Arguida, no entanto, a intempestividade do recurso nas contrarrazões, a ausência de manifestação expressa acerca da questão impõe o acolhimento dos embargos de declaração, para suprir a omissão.

4. *Havendo intimação eletrônica e publicação da decisão no Diário da Justiça Eletrônico, prevalece a data desta última, pois, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei*

11.419/2006, a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais. (Aglnt nos EAREsp 1.015.548/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 15/08/2018, DJe de 22/08/2018). Verificada, nesses termos, a tempestividade do agravo em recurso especial.

5. Embargos de declaração acolhidos, para afastar obscuridade.

(EDcl no AgInt no AREsp 1.330.255/MT, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 19/12/2019)

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Razões dissociadas e insuficientes para alteração do julgado. Súmula 284/STF. Duplicidade de intimação. Prevalência da intimação no Diário de Justiça Eletrônico. Embargos de declaração do particular acolhidos, suprindo a omissão apontada, sem efeitos infringentes.

1. É entendimento desta Corte Superior de que *havendo a duplicidade de intimações, eletrônica e publicação no DJE, prevalece esta última, uma vez que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais*. Precedentes: AgInt nos EAREsp 1.015.548/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 22.8.2018; AgInt no AREsp 1.019.565/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 2.5.2017; AgInt no AREsp 1.319.605/AP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 13.11.2018; AgInt nos EDcl no AREsp 1.247.595/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 12.11.2018; AgInt no AREsp 1.284.641/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.11.2018; AgRg no AREsp 1.244.153/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 1.8.2018; AgInt no AREsp 1.112.110/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 18.4.2018; AgInt no AREsp 1.102.795/RN, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 10.4.2018.

2. Embargos de Declaração do Particular acolhidos, suprindo a omissão apontada, sem efeitos infringentes.

(EDcl no AgInt no AREsp 1.229.542/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25/02/2019, DJe de 28/02/2019)

Agravo interno. Intempestividade. Intimação eletrônica. Prevalência da publicação no DJe. Decisão da Presidência do STJ mantida.

1. Hipótese em que a decisão de admissibilidade do recurso especial foi publicada em 17.8.2017 e o agravo em recurso especial interposto em 11.9.2017.

2. O recurso é intempestivo, porquanto interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias úteis, nos termos do art. 994, VIII, c.c. os arts. 1.003, § 5º, 1.042, *caput*, e 219, *caput*, todos do Código de Processo Civil.

3. De acordo com entendimento do STJ, *“ocorrendo a duplicidade de intimações, intimação eletrônica e publicação no DJE, prevalece esta última, uma vez que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio*

de publicação oficial para quaisquer efeitos legais" (AgInt no RMS 56.765/AP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 24/09/2018).

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.343.230/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe de 18/02/2019)

Processo Civil. Embargos de divergência. Intimação pelo Diário da Justiça Eletrônico. Forma prevalecente, em relação à intimação eletrônica, na contagem do prazo processual.

1. *Havendo intimação eletrônica e publicação da decisão no Diário da Justiça Eletrônico, prevalece a data desta última, pois, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei 11.419/2006, a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.*

2. O acórdão ora embargado decidiu em conformidade com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo, pois, incabíveis estes embargos de divergência ante a *aplicação da Súmula 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado"*.

Agravo interno improvido.

(AgInt nos EAREsp 1.015.548/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 15/08/2018, DJe de 22/08/2018)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Intimação eletrônica e no Diário de Justiça. Prevalência da última. Intempestividade configurada. Prazo recursal de 15 dias úteis escoado. Art. 1.003, § 5º, c/c o art. 219, *caput*, do CPC/2015. Agravo desprovido.

1. *"Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação citada a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais"* (AgRg no AREsp 726.124/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/6/2016, DJe 1º/7/2016).

2. É intempestivo o recurso, à exceção dos embargos de declaração, interposto fora do prazo de 15 dias úteis, nos termos do art. 1.003, § 3º, c/c o art. 219, *caput*, do CPC/2015.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1.101.413/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe de 26/10/2017)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Convoação. Cabimento. Intempestividade do agravo nos próprios autos.

1. É cabível agravo interno contra a decisão que determina a autuação do agravo como recurso especial para discutir a tempestividade do agravo nos próprios autos.

2. *Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, ocorrendo a duplicidade de intimações, intimação eletrônica e publicação no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.* Precedentes.

3. Logo, certificada a publicação da decisão de inadmissibilidade do apelo nobre em 15/7/2016, deve-se reconhecer a intempestividade do agravo em recurso especial protocolizado em 21/9/2016, pois ultrapassado o prazo previsto no art. 1.003, § 5º, do CPC/2015, contado em dobro, mesmo considerando a suspensão dos prazos entre os dias 5 a 21/8/2016, o feriado local em 22 de agosto e o feriado nacional de 7 de setembro.

4. Se não há discussão quanto à licitude da intimação ocorrida no Diário de Justiça eletrônico, não faz sentido considerar, para fins de contagem do prazo recursal, a intimação eletrônica posterior, porque com a publicação no DJe todas as partes já se deram por intimadas. Vale dizer, não há renovação de prazo.

5. Ainda que ultrapassadas essas considerações, no embate de teses, teria razão a ora agravante no sentido de que a intimação eletrônica do Estado ocorreu em 18/7/2016 ("*Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, intimação realizada, em 18/7/2016 14:39*") - e não no dia 24/7/2015 ("*Francesco Conte (representando Estado do Rio de Janeiro), intimação tácita, em 24/7/2016 13:33*") -, porque tem validade de intimação pessoal aquela dirigida à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (Lei n. 11.419/2006, art. 5º, § 6º).

6. Agravo interno a que se dá provimento. Agravo em recurso especial não conhecido por intempestividade.

(AgInt no AREsp 1.040.421/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe de 17/10/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Intempestividade do agravo em recurso especial porquanto interposto após o prazo previsto no no art. 1.003, § 5º do CPC de 2015. Intimação tácita. Impossibilidade. Validade da publicação do Diário de Justiça Eletrônico. Possibilidade de comprovação da suspensão dos prazos no agravo interno. Falta de apresentação de documento hábil. Preclusão consumativa. Decisão mantida. Agravo interno não provido.

1. O prazo para interposição do recurso especial e do agravo em recurso especial (art. 1.003, § 5º do CPC de 2015) é de 15 (quinze) dias úteis, conforme o art. 219 do CPC de 2015. Intempestividade constatada.

2. *“Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação citada a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.” Precedentes.*

3. A Corte Especial, no julgamento do AREsp 137.141/SE, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, ocorrido no dia 19.9.2012, acompanhando o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no AgRg no RE 626.358/MG, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 23.8.2012, modificou sua jurisprudência, passando a permitir a comprovação de feriado local ou suspensão dos prazos processuais não certificada nos autos em momento posterior à interposição do recurso na origem.

4. Ainda que se adotasse o entendimento firmado, sob a égide do CPC de 1973, pela Corte Especial do STJ não se poderia conhecer do recurso uma vez que a parte agravante apresentou o presente agravo interno desacompanhado de documento hábil a comprovar a suspensão dos prazos pelo Tribunal de origem. Preclusão consumativa.

5. *“Os recursos interpostos na instância de origem, mesmo que direcionados a esta Corte Superior, observam o calendário de funcionamento do tribunal local, não podendo se utilizar, para todos os casos, dos feriados e das suspensões previstas em Portaria e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que muitas vezes não coincidem com os da Justiça estadual”* (AgRg no AREsp 700.715/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, Terceira Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 23/5/2016).

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.071.468/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe de 15/09/2017)

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Intempestividade. Prevalência da publicação do Diário da Justiça Eletrônico. Embargos rejeitados.

1. Não merecem acolhimento os embargos de declaração opostos sem a indicação de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, arts. 1.022 e 1.023), sendo inadmissível a sua oposição para rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas no aresto embargado, já que não são cabíveis para provocar novo julgamento da lide.

2. *Havendo intimação eletrônica e publicação da decisão no Diário da Justiça Eletrônico, prevalece a última, porquanto a Lei 11.419/2006 dispõe que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.*

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 861.128/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe de 03/05/2017)

Orientação II

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Processual Civil. CPC/2015. Intimação no DJe e intimação eletrônica. Contagem do prazo recursal. Prevalência da intimação eletrônica. Exegese do art. 5º da Lei 11.419/2006. Tempestividade do agravo.

1. *Controvérsia acerca da contagem de prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, um via DJe e outra via portal eletrônico de intimações.*

2. *“As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico” (art. 5º, ‘caput’, Lei 11.419/2006, sem grifos no original).*

3. *Prevalência da intimação eletrônica sobre a intimação via DJe, na hipótese de duplicidade de intimações. Entendimento em sintonia com o CPC/2015.*

4. *Contagem do prazo recursal a partir da data em que se considera realizada a intimação eletrônica, sendo tempestivo o recurso especial interposto nestes autos.*

5. Reforma da decisão agravada para se afastar o óbice da intempestividade.

6. Definição da orientação jurisprudencial desta Turma.

7. Agravo interno provido.

(AgInt no AREsp 1.399.519/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21/09/2020, DJe de 24/09/2020)

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. CPC/2015. Intimação no DJe e intimação eletrônica. Contagem do prazo recursal. Prevalência da intimação eletrônica. Exegese do art. 5º da Lei 11.419/2006. Tempestividade do recurso especial. Necessidade de enfrentamento do mérito recursal.

1. *Controvérsia acerca da contagem de prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, um via DJe e outra via portal eletrônico de intimações.*

2. *“As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico” (art. 5º, ‘caput’, Lei 11.419/2006, sem grifos no original).*

3. *Prevalência da intimação eletrônica sobre a intimação via DJe, na hipótese de duplicidade de intimações. Entendimento em sintonia com o CPC/2015.*

4. *Contagem do prazo recursal a partir da data em que se considera realizada a intimação eletrônica, sendo tempestivo o em recurso especial interposto nestes autos.*

5. Reforma da decisão agravada para se afastar o óbice da intempestividade.

6. *Embargos de declaração acolhidos.*

(EDcl no AgInt no AREsp 1.281.774/AP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2020, DJe de 18/03/2020)

Embargos de declaração no agravo interno no recurso especial. Processual Civil. Tempestividade do recurso especial. Intimação eletrônica. Termo inicial do prazo recursal. Embargos acolhidos.

1. Embargos de declaração que apontam omissão na fundamentação do acórdão.

2. A jurisprudência do STJ entende que, *em caso de duplicidade de intimação em processo regido pela Lei n. 11.419/2006, deve ser prevalecer a intimação eletrônica.* Precedentes.

3. Embargos de declaração acolhidos.

(EDcl no AgInt no AREsp 1.293.252/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/08/2019, DJe de 28/08/2019)

Embargos de declaração no agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Processual Civil. Tempestividade do recurso especial. Intimação eletrônica. Termo inicial do prazo recursal. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

1. São cabíveis os aclaratórios quando existir no julgado omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015. Omissão verificada na espécie.

2. *A jurisprudência do STJ entende que, em caso de duplicidade de intimação em processo regido pela Lei n. 11.419/2006, isto é, havendo intimação eletrônica específica dirigida ao advogado acompanhada publicação via DJe, deve ser levada em consideração a intimação eletrônica.* Precedentes.

3. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

(EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1.737.539/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/04/2019, DJe de 23/04/2019)

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Tempestividade do recurso. Prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no DJe. Reconsideração da decisão agravada. Resolução de contrato de parceria entre advogados. Divisão de honorários. Cerceamento de defesa. Fundamento não impugnado. Súmula 283/STF. Danos morais e materiais. Omissão configurada. Art. 1.022, II, do CPC/2015. Retorno dos autos ao Tribunal de origem. Agravo interno provido.

1. *A Quarta Turma desta Corte, no julgamento do AREsp 1.330.052/RJ, decidiu pela prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no Diário de Justiça.* Agravo interno provido para afastar a intempestividade.

2. Quanto à alegação de cerceamento de defesa, verifica-se a ausência de impugnação de fundamento autônomo e suficiente à manutenção do acórdão recorrido, circunstância que atrai o óbice da Súmula 283/STF.

3. A ausência de manifestação sobre questão relevante para o julgamento da causa, mesmo após a oposição de embargos de declaração, constitui negativa de prestação jurisdicional (art. 1.022, II, do CPC/2015), impondo-se a anulação do acórdão dos embargos de declaração e o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se manifeste sobre o ponto omissis.

4. Agravo interno provido para, reconsiderando a decisão agravada, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de que a Corte de origem se manifeste sobre pontos omissos.

(AglInt nos EDcl no AREsp 1.343.785/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/06/2019, DJe de 28/06/2019)

Embargos de declaração. Agravo em recurso especial. Tempestividade. Prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no DJe. Embargos acolhidos. Tempestividade reconhecida. Recurso especial. Mérito. Não conhecimento. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Controvérsia eminentemente fática e não jurídica. Incidência da Súmula 7/STJ.

1. *O STJ possui entendimento no sentido de que a intimação eletrônica prevalece sobre a publicação no Diário de Justiça no caso de duplicidade de intimações* (AglInt no AREsp 1.330.052/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/03/2019, DJe 29/04/2019).

2. *In casu*, verifica-se que houve demonstração da ocorrência de intimação eletrônica, motivo pelo qual a irresignação deve ser acolhida para, reconsiderando o acórdão embargado, reputar tempestivo o agravo em recurso especial.

3. Impõe-se, portanto, a análise da insurgência posta no apelo nobre de fls. 575-585.

4. Considerando que o recurso especial tem como escopo a defesa da higidez do direito objetivo e a unificação da jurisprudência em matéria infraconstitucional, é imprescindível que a parte recorrente exponha precisamente os dispositivos legais supostamente violados pela instância de origem.

5. Alegam os recorrentes violação do art. 420 do CPC e a dispositivos da Lei 8.088/1978. No entanto, a referida lei não faz parte do rol de leis federais, revelando-se como norma inexistente.

Ainda que se considere como violada a Lei 8.088/1990, que trata da atualização do Bônus do Tesouro Nacional e dos depósitos de poupança e dá outras providências, verifica-se total impertinência temática em relação ao caso em debate nestes autos.

6. O art. 420 do CPC não ampara a tese proposta em recurso especial, pois não traz conteúdo normativo apto a atingir o ponto controvertido.

7. Diante de tais constatações, deve ser aplicado o óbice da Súmula 284/STF ao presente caso, uma vez que a deficiência na fundamentação não permite a exata compreensão da controvérsia.

8. Ademais, nota-se que a irresignação trazida ao STJ é eminentemente fática e não jurídica, uma vez que a pretensão dos recorrentes demanda que esta Corte proceda à análise dos elementos probatórios constantes dos autos, o que não se admite, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

9. Embargos de Declaração acolhidos com efeito modificativo. Agravo em Recurso Especial conhecido para não conhecer do Recurso Especial.

(EDcl no AgInt no AREsp 1.343.230/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/06/2019, DJe de 25/06/2019)

Embargos de declaração no agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Processual Civil. Tempestividade do recurso especial. Intimação eletrônica. Termo inicial do prazo recursal. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

1. São cabíveis os aclaratórios quando existir no julgado omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015. Omissão verificada na espécie.

2. *A jurisprudência do STJ entende que, em caso de duplicidade de intimação em processo regido pela Lei n. 11.419/2006, isto é, havendo intimação eletrônica específica dirigida ao advogado acompanhada publicação via DJe, deve ser levada em consideração a intimação eletrônica.* Precedentes.

3. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

(EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1.737.539/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/04/2019, DJe de 23/04/2019)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Interposição de dois agravos regimentais. Preclusão consumativa. Unirrecorribilidade. Duplicidade de intimações. Processo eletrônico. Previsão expressa no art. 5º da Lei n. 11.419/2006. Prevalência da comunicação via portal eletrônico. Matéria penal. Interpretação mais benéfica ao réu na hipótese de dúvida. Tempestividade aferida. Agravo em recurso especial. Ausência de impugnação específica. Argumentação genérica. Aplicação da Súmula 182/STJ.

1. Quando da interposição simultânea de dois agravos regimentais contra o mesmo ato judicial e pelo mesmo agravante, deve ser conhecido apenas o primeiro deles, por força do princípio da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa.

2. *Em se tratando de processo eletrônico, conforme expressamente previsto no art. 5º da Lei n. 11.419/2006, deve prevalecer a intimação via portal eletrônico, em virtude de tal modalidade dispensar a publicação via Diário da Justiça eletrônico.* Precedente: AgInt no AREsp n. 903.091/RJ, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 27/3/2017

3. *Em se tratando de matéria penal, havendo dúvidas, deve prevalecer a interpretação que seja mais benéfica ao réu.*

4. A impugnação genérica, na qual o agravante deixa de mencionar qualquer argumento relativo à não incidência dos óbices sumulares utilizados na decisão agravada, atrai a incidência da Súmula 182/STJ à espécie.

5. Agravo regimental às fls. 696/706 (Petição n. 117751/2018) não conhecido e agravo regimental às fls. 685/695 (Petição n. 117615/2018) provido para reconsiderar a decisão da Presidência, reconhecendo a tempestividade do recurso especial às fls. 613/622.

Agravo em recurso especial não conhecido (art. 253, I, do RISTJ).

(AgInt no AREsp 1.227.973/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe de 12/06/2018)

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Processual Civil. CPC/2015. Intimação eletrônica precedida de intimação no DJe. Contagem de prazo. Prevalência da intimação eletrônica. Exegese do art. 5º da Lei 11.419/2006. Tempestividade do agravo em recurso especial.

1. Controvérsia acerca da contagem de prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, um via DJe e outra por meio de portal eletrônico.

2. *“As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico” (art. 5º, ‘caput’, Lei 11.419/2006, sem grifos no original).*

3. *Prevalência da intimação eletrônica sobre a intimação via DJe, na hipótese de duplicidade de intimações. Entendimento em sintonia com o CPC/2015.*

4. Contagem do prazo recursal a partir da data em que se considera realizada a intimação eletrônica.

5. Tempestividade do recurso, na espécie.

6. *Agravo interno provido.*

(AgInt no AREsp 903.091/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe de 27/03/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Tempestividade. Prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no DJe. Agravo em recurso especial. Violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Reconhecimento.

1. *A Lei n. 11.419/2006 - que dispôs sobre a informatização do processo judicial - previu que as intimações serão realizadas por meio eletrônico em portal próprio, dispensando-se a publicação no órgão oficial.*

2. *O Código de Processo Civil/2015 avançou ao delimitar o tema, prevendo, em seu artigo 272, que, quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.*

3. *A partir da perquirição dos dispositivos legais que referenciam o tema, resta evidente que a mens legis pretendeu deixar claro que a regra em relação à comunicação dos atos processuais aos advogados ocorre mediante a intimação por via eletrônica, valorizando-se a informatização dos processos judiciais.*

4. *Verifica-se que a melhor hermenêutica subsume-se à prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no Diário de Justiça, entendimento em sintonia com o novel Código de Processo Civil.*

5. *A referida interpretação protege a confiança dos patronos e jurisdicionados aos atos praticados pelo Poder Judiciário, zelando pelo princípio da presunção de legalidade e da boa-fé processual, evitando, por fim, a indesejável surpresa na condução do processo.*

6. *O teor da Resolução n. 234/2016 do CNJ não contradiz o CPC/2015, pois referencia apenas a possibilidade de a publicação no DJe substituir qualquer outra forma de publicação oficial.*

7. No caso concreto, não é admissível considerar intempestivo o presente agravo em recurso especial, notadamente porque o próprio Tribunal Estadual atestara que os advogados da recorrente foram tacitamente intimados por via eletrônica em 19.2.2018. Dessa forma, como o recurso foi interposto em 12.3.2018, dentro, portanto, do lapso temporal de 15 dias úteis, deve ser considerado tempestivo.

8. O conhecimento do recurso especial exige a manifestação do Tribunal local acerca da tese de direito suscitada. Recusando-se a Corte de origem a apreciar a questão federal, fica obstaculizado o acesso à instância extrema, cabendo à parte vencida invocar, como no caso, a infringência aos arts. 489 e 1.022 do CPC, a fim de anular o acórdão recorrido, para que o Tribunal *a quo* supra a omissão existente.

9. A Corte de origem rejeitou os aclaratórios sem tecer qualquer comentário, de forma específica e fundamentada, quanto às matérias suscitadas pela recorrente em sede de embargos de declaração, imprescindíveis para a composição da lide, razão pela qual os autos devem retornar à instância *a quo*, para que seja apreciada, novamente, a tese expandida.

10. Agravo interno provido para afastar a intempestividade. Agravo nos próprios autos conhecido para dar provimento ao recurso especial.

(AgInt no AREsp 1.330.052/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/03/2019, DJe de 29/04/2019)

Recurso especial. Processual Civil. Portal eletrônico. Diário da Justiça Eletrônico. Intimações por ambas as formas. Prevalência da intimação por meio de portal. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Cessão de créditos. Alienação fiduciária. Não sujeição.

1. *Controvérsia sobre o termo inicial do prazo recursal em caso de duplicidade de intimações eletrônicas realizadas na forma da Lei Federal n. 11.419/2006, sendo uma delas por meio do Diário da Justiça Eletrônico (art. 4º) e a outra pelo Portal Eletrônico (art. 5º).*

2. *A intimação efetivada por meio do portal previsto no art. 5º da Lei Federal n. 11.419/2006 prevalece sobre aquela realizada pelo Diário da Justiça eletrônico. Interpretação sistemática dos arts. 4º e 5º da lei de regência, à luz de dispositivos e princípios do CPC/2015.*

3. No caso concreto, observado o decêndio previsto no art. 5º, § 3º, da lei de regência, o recurso especial é tempestivo.

4. Os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeitam à recuperação judicial, a teor do que dispõe o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. Precedentes.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.653.976/RJ, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Rel. p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe de 1º/08/2018)

Orientação III

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Duplicidade de intimações. Prevalência da primeira, nos termos da jurisprudência do STJ.

1. *Nos termos da jurisprudência desta Corte, havendo duplicidade de intimações, deve ser considerada a primeira validamente efetuada.*

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp 1.604.652/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 28/10/2020)

Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Processual Civil. Intempestividade. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação. Prevalência.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos 2 e 3 do STJ).

2. O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que, *ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no Diário de Justiça eletrônico, prevalece esta última quando ocorrer em primeiro lugar*, pois, nos termos da legislação vigente, ela substitui qualquer outro meio de publicação oficial para efeitos legais. Precedentes.

3. O juízo de admissibilidade do Recurso Especial é bifásico, assim, a decisão proferida pelo Tribunal de origem não vincula o STJ, que tem competência plena para verificar novamente o preenchimento dos pressupostos recursais.

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1.848.406/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/10/2020, DJe de 29/10/2020)

Agravo interno na ação rescisória. Petição inicial. Inépcia. Art. 330, I, do CPC/2015. Incidência. Erro de fato. Resultado da demanda. Modificação. Impossibilidade.

1. A petição inicial da ação rescisória deve ser indeferida quando ocorrer uma das hipóteses de inépcia previstas no art. 330, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

2. *Havendo intimação eletrônica e publicação da decisão no Diário da Justiça Eletrônico, prevalece a data desta última **quando realizada em primeiro lugar**, pois, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei n. 11.419/2006, a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.*

3. A decisão de admissibilidade proferida pelo tribunal local ou a certidão de tempestividade expedida na origem não vincula o Superior Tribunal de Justiça, cabendo a este último realizar nova apreciação dos pressupostos dos recursos especiais.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt na AR 6.597/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 29/09/2020, DJe de 02/10/2020)

Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Embargos de declaração contra acórdão da apelação. Intempestividade apontada pela Corte Estadual. Duplicidade de intimações. Validade da primeira intimação. Ciência inequívoca das partes. Termo inicial do prazo. Súmula 83/STJ. Segunda intimação ocorrida após o transcurso do prazo legal para a oposição de embargos de declaração. Restabelecimento de prazo recursal esgotado. Descabimento. Recurso não provido.

1. *A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que, havendo duplicidade de intimações válidas, deve ser considerada a primeira validamente efetuada. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.*

2. Hipótese em que, ademais, a segunda intimação, realizada em 31.3.2018, ocorreu apenas após o transcurso do prazo legal para a oposição de embargos de declaração, contado da primeira intimação, reconhecida como válida, realizada em 20.3.2018. Nesse contexto, o segundo ato processual não tem o condão de reabrir o prazo recursal já esgotado, salvo em caso de decisão expressa a respeito, o que não é o caso dos autos.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.839.783/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/05/2020, DJe de 04/06/2020)

Processo Civil. Agravo interno no recurso especial. Intempestividade. Dupla intimação. Contagem a partir da primeira válida. Recurso não provido.

1. *Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte, havendo duplicidade de intimações, prevalece a primeira validamente efetuada. Precedentes.*

2. No caso dos autos, uma das partes recorrentes foi devidamente intimada do acórdão impugnado em 2/3/2018. Portanto, sendo válida essa intimação, a contagem do prazo recursal deve se iniciar desta data, inclusive porque todas as demais partes do processo estão representadas pelos mesmos advogados. *Ou seja, os advogados tomaram ciência da decisão quando receberam a primeira intimação.*

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.768.740/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21/11/2019, DJe de 27/11/2019)

Agravo interno no agravo interno no agravo em recurso especial. Embargos de terceiro. Revelia. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. Matéria que demanda reexame de fatos e provas. Súmula 7 do STJ. Agravo não provido.

1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do art. 535 do CPC/73. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, todas as matérias foram devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.

2. No caso, depreende-se que o Tribunal de origem julgou a lide com base no substrato fático-probatório dos autos, cujo reexame é vedado em âmbito de Recurso Especial, ante o óbice do enunciado da Súmula 7 deste Tribunal. Sendo o magistrado o destinatário da prova, compete a ele o exame acerca da necessidade ou não da produção do aporte requerido.

3. *O Tribunal de origem entendeu de acordo com o entendimento jurisprudencial desta Corte, o qual determina que havendo duplicidade de intimações prevalece a primeira validamente efetuada. Precedentes.*

4. Agravo não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 779.162/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe de 22/10/2018)

Administrativo. Processual Civil. Desapropriação indireta. Embargos de declaração. Duplicidade de intimações. Prevalência da primeira validamente efetuada. Conhecimento do recurso especial. Omissão. Inexistência. Obscuridade. Ocorrência. Base de cálculo da taxa de juros. Contradição. Ocorrência. Alteração do julgado. Taxa de juros. Contradição. Inexistência.

1. *Havendo duplicidade de intimações, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que deve ser considerada a primeira validamente efetuada*, que, no caso dos autos, foi a realizada em setembro de 2013, conforme Certificado pela Coordenadoria da Segunda Turma. Destarte, considerando que a primeira intimação para impugnação dos embargos não foi atendida tempestivamente pelo INCRA, deve ser desconsiderada a manifestação que atendeu a segunda intimação.

2. Apesar de não existir a alegada omissão, verifico que a questão do conhecimento do recurso especial mostra-se obscura no acórdão embargado, razão pela qual julgo conveniente esclarecer que, conforme consta das notas taquigráficas, os demais Ministros integrantes da Segunda Turma divergiram deste relator para afastar a ocorrência da preclusão consumativa e conhecer do segundo recurso especial interposto, por entender que os embargos de declaração alteraram o julgamento dos recursos de apelação, razão pela qual poderia ser interposto novo recurso especial, atacando integralmente os acórdãos proferidos pela instância de origem, sem ratificação do anteriormente interposto.

3. Assiste razão aos embargantes quanto à alegada contradição, porquanto, no caso vertente, por se tratar de desapropriação indireta, não houve oferta inicial que possa ser utilizada como parâmetro da base de cálculo dos juros compensatórios, como consignado no acórdão embargado.

4. No caso, há a peculiaridade de que, não obstante não tenha havido oferta inicial, em abril de 2005, foi pago aos embargantes determinado valor, por decisão do Tribunal de origem, que deve ser deduzido do valor final a ser pago pela autarquia expropriante.

5. Assim, há que ser sanada a aludida contradição, para definir que, entre abril de 1996 (data do apossamento) e abril de 2005 (data do pagamento efetuado aos embargados), a base de cálculos dos juros compensatórios deve ser o valor total da justa indenização, definida judicialmente, e, a partir daí até a data do efetivo pagamento, o valor da diferença entre o valor total da indenização fixada e o que foi pago aos embargados em abril de 2005.

6. Não há a alegada contradição quanto à taxa de juros aplicável, porquanto a decisão embargada é clara ao afirmar que, entre a data da efetiva ocupação do imóvel (abril de 1996) até 10.6.1997, aplica-se a taxa de 12% ao ano, porquanto não incide a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997. Entre 11.06.1997 e 13.09.2001, deve ser aplicada a taxa de 6% a.a., por força da referida MP, que gera efeitos até a declaração de inconstitucionalidade pelo STF (13.09.2001); e, a partir de 14.9.2001, deve voltar a fluir em 12% a.a., até a data do efetivo pagamento da indenização.

7. Assim, neste ponto, não há nenhum vício processual a ser sanado, mostrando-se mero inconformismo da parte com a decisão que contraria a sua pretensão, a qual, todavia, não encontra respaldo na atual jurisprudência desta Corte.

Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes.

(EDcl no REsp 1.296.420/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, DJe de 05/05/2014)

Agravo regimental em recurso especial. Previdenciário. Intempestividade do recurso.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou já entendimento no sentido de que, antes da vigência da Lei n. 10.910/04, os procuradores autárquicos não possuíam a prerrogativa da intimação pessoal nos processos em que atuavam.

2. *Havendo duplicidade de intimação válida do acórdão recorrido, o prazo para a interposição do recurso especial começa a fluir da primeira.*

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 334.189/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 03/03/2005, DJ de 1º/07/2005, p. 639)

Como se vê, a corrente jurisprudencial defensora de que, se ambas as formas de intimações forem feitas em relação ao mesmo ato processual, deve prevalecer a realizada no Diário da Justiça Eletrônico, afirma que a própria Lei do Processo Eletrônico, no § 2º do art. 4º, estabelece que a publicação dos atos judiciais e administrativos, realizada no Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, *substitui* qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, exceto nos casos que, por lei, se exigir intimação ou vista pessoal.

A corrente jurisprudencial que defende deva prevalecer a intimação realizada pelo Portal Eletrônico salienta que, nos termos do art. 5º da Lei do Processo Eletrônico, as intimações feitas por meio eletrônico em portal próprio *dispensam* a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. Argumenta-se, ademais, que o Novo Código de Processo Civil, no art. 270, prestigia o meio eletrônico, como forma preferencial de comunicação dos atos processuais, e que a intimação pela publicação em órgão oficial deve ser utilizada de forma subsidiária à intimação eletrônica em face do disposto no art. 272 do NCPC.

Por sua vez, a terceira corrente jurisprudencial, segundo a qual, havendo duplicidade de intimações, deve prevalecer a primeira validamente efetuada, alicerça-se no fundamento de que, para todos os efeitos, as partes e seus advogados tomam ciência do ato judicial ou administrativo logo na primeira intimação oficialmente realizada, que, normalmente, costuma ser a publicação da imprensa eletrônica, podendo a partir de então recorrer ou promover o ato

processual adequado. Portanto, não é concebível que se aguarde a ultimação da outra intimação para se considerar devidamente cientificado.

Não se olvida que, relativamente a esta terceira orientação, alguns dos precedentes acima mencionados não trataram especificamente acerca da duplicidade de intimação, concomitantemente no Diário da Justiça eletrônico e no Portal Eletrônico, embora tenha cuidado destas, ao menos, em dois dos julgados citados. Porém, todos os casos referem-se às intimações das partes e de seus advogados feitas duplamente, podendo, com isso, gerar sérias dúvidas quanto à contagem dos prazos processuais, como ocorre no caso ora em discussão. Por essa razão, mostrou-se adequada a menção de toda essa gama de julgados, inclusive um deles anterior à própria Lei 11.419/2006, aqui debatida.

Noutro giro, cumpre ressaltar que, embora tenha sido mencionado julgado da colenda Corte Especial proferido em dezembro de 2019 (AgInt nos EAREsp 1.448.288/RJ), no sentido da primeira orientação jurisprudencial apresentada, verifica-se em seu inteiro teor que não houve exame aprofundado da divergência aqui demonstrada, tendo-se concluído, em *juízo realizado em sessão virtual*, portanto, sem maior destaque, pela aplicação da Súmula 168/STJ. Além disso, mesmo após a publicação desse acórdão, sucederam-se outros dos demais órgãos julgadores deste Tribunal Superior entendendo em sentido diametralmente oposto.

Outrossim, o outro precedente da Corte Especial (AgInt nos EAREsp 1.015.548/RJ), citado alhures, datado de agosto de 2018, também não cuidou de pormenorizar a divergência jurisprudencial, já existente àquela época, limitando-se a colacionar outros julgados e a invocar o aludido enunciado sumular, sem, com a devida vênia, esgotar o exame da controvérsia.

Destarte, não parece que esta egrégia Corte Especial tenha exaurido a questão trazida nos presentes embargos de divergência, mantendo-se, ainda, latente, como visto, em julgados proferidos bem mais recentemente, já no ano de 2020, o dissídio de interpretações jurídicas acerca do marco inicial de contagem dos prazos processuais quando houver duplicidade de intimação eletrônica.

A doutrina já sinalizava essa divergência em meados de 2018, consoante delineou JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, em artigo a seguir transcrito:

O tempo é fundamental para se obter tutela jurisdicional efetiva. O procedimento se desenvolve demarcado pelos prazos processuais. Como é notório, o cômputo do prazo sempre foi um dos dilemas mais espinhosos para o dia a dia do advogado no exercício de sua profissão. Em algumas circunstâncias,

como já escrevi, chega mesmo a tirar o sono, uma vez que a perda do prazo para a prática de um determinado ato processual é de exclusiva responsabilidade do advogado.

Acerca desse crucial problema, a lei deve ser clara e precisa. Salta aos olhos, por exemplo, que o *dies a quo* do prazo para a oferta de contestação no regime do velho código (artigo 297) era bem mais simplificado. Agora, sob a égide do vigente Código de Processo Civil, o início do prazo de contestação encontra-se sujeito a inúmeras variantes, que acarretam certa dificuldade e, portanto, merecem toda atenção do réu.

Ademais, o novo diploma processual estabelece no artigo 270 que: “As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei”; sendo certo que, a teor do subsequente artigo 272: “Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação no órgão oficial”.

Importa salientar que, neste particular, o Código de Processo Civil encontra-se afinado com a Lei 11.419/2006, que regrou a informatização do processo judicial, preceituando, nos artigos 4º e 5º, respectivamente, textual:

(...)

Em regra, os litigantes devem ser intimados, na pessoa de seus respectivos advogados, pelo órgão oficial, vale dizer, pelo Diário Oficial Eletrônico. Todavia, a intimação também pode ser efetivada, “por meio eletrônico em portal próprio” (artigo 5º), desde que o advogado tenha se cadastrado, de conformidade com o disposto no artigo 2º da mesma Lei 11.419/2006. E, assim, nessa hipótese, ainda excepcional em nossa praxe forense, fica dispensada a intimação pelo Diário Oficial Eletrônico. E isso significa que aquela, formalizada pelo portal eletrônico, tem prevalência sobre a intimação feita pelo modo tradicional, ou seja, pelo Diário Oficial.

Contudo, a despeito da clarividência do texto legal, tem sido suscitada dúvida quanto ao termo inicial do prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, realizadas pelo Diário Oficial Eletrônico e, ainda, pelo portal eletrônico.

Instado a se manifestar sobre essa importante questão, o Superior Tribunal de Justiça, com base no parágrafo 2º do artigo 4º da referida Lei 11.419, acima transcrito, assentou, num primeiro momento, que o dies a quo da contagem do prazo é aquela decorrente da intimação eletrônica, uma vez que esta “substitui qualquer outro meio de publicação oficial...” (cf., e. g., 3ª Turma, AgInt no AREsp 1.101.413-RJ, rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 26/10/2017; 4ª Turma, AgInt no AREsp 1.071.468-RJ, rel. ministro Luis Felipe Salomão, DJe 15/9/2017).

Verifica-se, no entanto, que essa orientação vem sendo superada, como se infere de pioneiro acórdão da 3ª Turma, proferido no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 903.091-RJ, da relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ao decidir que, em caso de duplicidade de intimações, “prevalece a intimação eletrônica pelo portal sobre aquela realizada por meio do DJe”.

Aduza-se que *essa tendência restou consolidada em recentíssimo julgado da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo voto condutor é da lavra do ministro Antonio Carlos Ferreira, proferido no Recurso Especial 1.653.976-RJ (julg. 8/5/2018), que, afastando a arguição de intempestividade do recurso, atribuiu supremacia à intimação formalizada por meio do portal eletrônico sobre aquela efetivada pelo Diário da Justiça Eletrônico.*

A sagacidade do *ministro Antonio Carlos Ferreira* evidencia o tirocínio dos grandes magistrados, ao declinar a seguinte fundamentação, revestida de inequívoca ponderação, no aludido voto, *in verbis*:

Rogando vênias ao em. Ministro Relator, penso que a jurisprudência sobre o assunto merece ser revisitada, pois a *interpretação sistemática das disposições contidas na Lei n. 11.419/2006, que tratam da matéria, indicam a prevalência da intimação realizada por meio do portal (art. 5º) em prejuízo daquela efetivada pelo Diário da Justiça (art. 4º), ambos eletrônicos.* Esse entendimento é roborado a partir da vigência do CPC/2015, ao trazer normas que orientam a prioridade das intimações judiciais realizadas pela via digital...

Como se colhe do texto legal (art. 4º), a intimação realizada por meio do Diário da Justiça eletrônico “substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal”. Essa forma de intimação, sabidamente, veio a substituir a publicação dos atos judiciais no Diário Oficial que circulava em meio físico (papel), procedimento que trouxe agilidade e substancial redução de custos.

Por sua vez, de modo ainda mais específico — e, portanto, preponderante à regra de abrangência geral —, o art. 5º do mesmo diploma preceitua que, aos que se cadastrarem, “[a]s intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio (...), dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico”.

Note-se que, feita a intimação por meio do referido “portal”, não se haverá de exigir a publicação do ato judicial no Diário da Justiça (inclusive o eletrônico referido no art. 4º)...

Resta inequívoco, dessarte, que o legislador conferiu preponderância à intimação realizada pelo portal eletrônico, prestigiando a prática dos atos processuais por meio dessa plataforma... (destaque no original).

Em conclusão, é de observar-se que tal entendimento, além de conferir harmônica exegese das referidas normas legais, é de todo elogiável porque imprime inegável segurança jurídica e evita qualquer surpresa ao advogado e conseqüente prejuízo ao seu constituinte!

(TUCCI, José Rogério Cruz e. “Início do prazo recursal segundo a atual orientação do Superior Tribunal de Justiça”. In: **Consultor Jurídico**, 26 de junho de 2018,

- <https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/paradoxo-corte-inicio-prazo-recursal-segundo-atual-orientacao-stj->).

Passados alguns poucos anos da publicação desse artigo, verifica-se que ainda hoje persiste nesta Corte de Justiça controvérsia acerca do termo inicial de contagem dos prazos processuais, quando a intimação eletrônica ocorrer em duplicidade, de modo que diversos Tribunais Estaduais e Federais utilizam, em conjunto, os dois meios para dar publicidade aos seus atos, o que pode gerar, ao menos, duas datas de notificação e, pois, embaraço na definição do termo inicial dos prazos.

Apenas a título exemplificativo da latência dessa discussão, alguns Tribunais estaduais cuidaram de emitir atos administrativos (portarias, resoluções, etc.) estabelecendo qual intimação deverá ser considerada, em caso de duplicidade, na seguinte perspectiva:

TJ/MA - Provimento 20-2019 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão:

Art. 1º. As comunicações, aos advogados, dos atos judiciais praticados no sistema PJe, tanto na Justiça Comum Cível de 1º Grau quanto nos Juizados Especiais Cíveis, serão efetivadas exclusivamente mediante intimação em meio eletrônico, dispensada sua publicação no DJe.

Parágrafo único. *Na hipótese de duplicidade de intimações, prevalece a intimação eletrônica sobre aquela realizada por meio do DJe.*

TJ/PA - Portaria Conjunta GP/VP n. 2, de 11 de setembro de 2018, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará:

Art. 1º. Os artigos 5º, § 3º, 22, caput e § 2º, 26, § 1º, 49, 54, IV, e 60 da Portaria Conjunta n. 1/2018-GP/VP passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 26.

§ 1º "Ocorrendo a intimação eletrônico implícita (art. 5º, § 2º da Lei Federal 11.419/06) e a publicação da decisão no DJe, prevalece esta última para fins de início da contagem do prazo."

TJ/RJ - AVISO CGJ N. 664/2016:

Dispõe sobre a intimação pessoal do Estado do Rio de Janeiro e de suas autarquias e fundações de direito público nos processos eletrônicos e dá outras providências.

A Corregedora Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo, no exercício de suas atribuições legais;

Considerando que a Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, instituiu regras para a tramitação de processos judiciais em meio eletrônico e outorgou aos Tribunais de Justiça, no âmbito de suas atribuições, disciplinarem o acesso para prática de atos nos mesmos;

Considerando o disposto no art. 5º da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que disciplinou que as intimações serão feitas por meio eletrônico, em portal próprio, aos que se cadastrarem na forma do art. 2º da referida Lei, dispensando se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico;

Considerando que as intimações feitas por meio eletrônico, em portal próprio, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais, na forma do § 6º do art. 5º da Lei n. 11.419/2006;

Considerando o disposto no § 1º, art. 183 do Código de Processo Civil, que determina que a intimação pessoal da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico;

Considerando o decidido no processo administrativo n. 2016-059108;

Avisa aos Chefes de Serventia e demais serventuários que:

Nos processos eletrônicos, a intimação via portal do Estado do Rio de Janeiro e de suas autarquias e fundações de direito público atende ao disposto no § 1º, art. 183 do Código de Processo Civil;

*Nos processos eletrônicos, conforme Aviso CGJ n. 1.963/2015, a parte intimada através do portal **não deverá** ser novamente intimada através de publicação no Diário de Justiça Eletrônico (DJERJ), salvo determinação expressa do magistrado.*

Seguem listagens, fornecidas pela Procuradoria Geral do Estado, das entidades de direito público do Estado do Rio de Janeiro (Anexo 1) e das entidades de direito privado do Estado do Rio de Janeiro (Anexo 2).

Revogam-se as disposições em contrário. Publique-se.

TJ/RN - Portaria Conjunta n. 16/2015-TJ, de 8 de julho de 2015, assinada pelo Presidente do TJRN, Corregedoria-Geral de Justiça e pelo Presidente do Comitê Gestor do PJe-TJRN:

Art. 1º. Disciplinar a publicidade de intimações e notificações oriundas de processos em tramitação no Sistema de Processo Judicial Eletrônico do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte (PJe), no âmbito da Justiça Comum, no Diário da Justiça Eletrônico (DJe), estabelecendo que:

I - Todos os atos processuais referidos no caput deste artigo deverão ser publicados no Diário da Justiça eletrônico (DJe) e terão caráter exclusivamente consultivo e informativo;

II - A contagem dos prazos processuais continuará tendo como única referência o Portal do PJe.

III - A ausência de publicação no DJe não acarretará a nulidade do ato, haja vista seu caráter consultivo e informativo.

TJDFT - Portaria GPR 239, de 7 de fevereiro de 2019, que regulamenta o cadastramento de empresas e de entidades, públicas e privadas, para o recebimento de citações e de intimações de forma eletrônica no âmbito da segunda instância da Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Art. 1º *Regulamentar o cadastramento de empresas e de entidades, públicas e privadas, para o recebimento de citações e de intimações de forma eletrônica no âmbito da segunda instância da Justiça do Distrito Federal e Territórios.*

Art. 2º *Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, é obrigatório o cadastramento das empresas e das entidades, públicas e privadas, nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e de intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.*

Parágrafo único. As microempresas e as empresas de pequeno porte, ainda que não sejam obrigadas ao cadastramento, poderão aderir ao sistema de recebimento de citações e de intimações na forma eletrônica.

(...)

Art. 5º *A comunicação eletrônica dos atos processuais substitui qualquer outro meio de publicação oficial, à exceção dos casos previstos em lei.*

§ 1º Considera-se aperfeiçoada a citação ou a intimação, ensejando o início da fluência dos respectivos prazos, no momento em que o destinatário consultar efetivamente o ato processual no sistema PJe, com a inserção do login e da senha disponibilizados.

§ 2º Caso não haja consulta em até dez dias corridos, a contar da data do envio da citação ou intimação, considerar-se-á o ato realizado na data do término desse prazo, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

No mais, registre-se que no *Superior Tribunal de Justiça* ainda não há, em ato interno, regulamentação específica da questão ora controvertida, indicando qual deve ser o instrumento de notificação a prevalecer em caso de duplicidade de notificações ocorridas no Portal e no Diário da Justiça Eletrônicos. Embora

a *Resolução STJ/GP n. 10, de 6 de outubro de 2015*, que regulamenta o processo judicial eletrônico no âmbito desta Corte de Justiça, com suas subsequentes modificações, trate, em seus arts. 21 e 22, acerca das intimações eletrônicas dos entes públicos, não faz referência específica à situação de duplicidade. Apenas repete a dispensa, trazida no art. 5º da Lei 11.419/2006, da publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Eis o teor da norma:

Seção VII

Das Intimações Eletrônicas

Art. 21. *No processo eletrônico, as intimações dos entes públicos que se credenciarem na forma prevista nesta resolução serão feitas por meio eletrônico no portal do STJ, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.*

§ 1º As citações, intimações, notificações e remessas, que viabilizarão o acesso à íntegra do processo correspondente, *terão efeitos legais de vista pessoal do interessado*, nos termos do § 1º do art. 9º da Lei n. 11.419/2006.

§ 2º Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, ou nas hipóteses de urgência/determinação expressa do magistrado, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se e destruindo-se posteriormente o documento físico.

§ 3º *Os tribunais poderão publicar no Diário da Justiça Eletrônico as citações, intimações e notificações de processos em tramitação.*

Art. 22. Para efeito da contagem do prazo de 10 dias corridos de que trata o § 3º do art. 5º da Lei n. 11.419/2006, considera-se que:

I – o dia inicial da contagem é o dia seguinte ao da disponibilização do ato de comunicação no sistema, independentemente desse dia ser ou não de expediente no órgão comunicante;

II – o dia da consumação da intimação ou comunicação é o décimo dia a partir do dia inicial, caso seja de expediente judiciário, ou o primeiro dia útil seguinte.

Parágrafo único. A intercorrência de feriado, interrupção de expediente ou suspensão de prazo entre o dia inicial e o dia final do prazo para conclusão da comunicação não terá nenhum efeito sobre sua contagem, excetuada a hipótese do inciso II.

O *Conselho Nacional de Justiça*, por sua vez, dispõe na *Resolução 234, de 13 de julho de 2016*, na parte que interessa à discussão em apreço, *in verbis*:

Capítulo I

Do Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN)

Art. 5º O Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN) substitui os atuais diários de justiça eletrônicos mantidos pelos órgãos do Poder Judiciário e estará disponível no sítio do CNJ na rede mundial de computadores.

§ 1º A publicação do DJEN substitui qualquer outro meio de publicação oficial, para fins de intimação, à exceção dos casos em que a lei exija vista ou intimação pessoal.

§ 2º Na intimação feita pelo DJEN deverá constar, obrigatoriamente, sob pena de nulidade, o tribunal, o órgão julgador, o número único do processo, os nomes das partes, de seus advogados e respectivos números de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil ou, se assim requerido, da sociedade de advogados, nos termos do art. 272 da Lei 13.105/2015.

§ 3º A divulgação dos dados processuais no DJEN observará o disposto na Resolução CNJ 121/2010, nos processos sujeitos a sigilo ou a segredo de justiça.

Art. 6º Serão objeto de publicação no DJEN:

I – o conteúdo dos despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos, conforme previsão do § 3º do art. 205 da Lei 13.105/2015;

II – as intimações destinadas aos advogados nos sistemas de processo judicial eletrônico, cuja ciência não exija vista ou intimação pessoal;

III – a lista de distribuição prevista no parágrafo único do art. 285 da Lei 13.105/2015;

IV – os atos destinados à plataforma de editais do CNJ, nos termos da Lei 13.105/2015;

V – os demais atos, cuja publicação esteja prevista nos regimentos internos e disposições normativas dos tribunais e conselhos.

Art. 7º O conteúdo das publicações incluídas no DJEN deverá ser assinado digitalmente, observados os requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas (ICP Brasil).

Capítulo II

Da Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário

Art. 8º A Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário é o ambiente digital próprio do destinatário da comunicação processual, mantido pelo CNJ na rede mundial de computadores.

§ 1º O cadastro na Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário é obrigatório para a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta, bem como as empresas públicas e privadas, com exceção das microempresas e empresas de pequeno porte, para efeitos de recebimento de citações, constituindo seu domicílio judicial eletrônico, conforme disposto no art. 246, § 1º, da Lei 13.105/2015.

§ 2º O cadastro na Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário, para o recebimento de citações, é facultativo para as pessoas físicas e jurídicas não previstas no parágrafo anterior.

§ 3º O disposto no § 1º aplica-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública, conforme disposições do art. 1.050, da Lei 13.105/2015, inclusive para o recebimento de intimações, nos moldes do art. 270, caput e § 1º, da Lei 13.105/2016.

Art. 9º A identificação na Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário será feita por seu número no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, observado o disposto no art. 15 desta Resolução.

Art. 10. A comunicação processual enviada para a Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário substitui as demais formas de comunicação, exceto aquela prevista no art. 5º, § 1º, desta Resolução.

Art. 11. O aperfeiçoamento da comunicação processual por meio eletrônico, com a correspondente abertura do prazo, se houver, ocorrerá no momento em que o destinatário consultar efetivamente o seu teor documental, manifestando inequivocamente sua ciência.

§ 1º Quando a consulta ocorrer em dia não útil, a comunicação processual será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 2º Realizada a consulta de que trata o § 1º, o próprio sistema expedirá certidão com a descrição do fato.

§ 3º Não havendo consulta em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da comunicação processual, considerar-se-á automaticamente realizada na data do término desse prazo, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei 11.419/2006, não se aplicando o disposto no art. 219 da Lei 13.105/2016 a esse interstício.

Art. 12. O conteúdo das comunicações processuais conterá, no mínimo:

I – o tribunal, o sistema de processo eletrônico, o órgão julgador e o número único do processo judicial, nos termos da Resolução CNJ 65, de 16 de fevereiro de 2008;

II – a identificação do responsável pela produção da informação;

III – o prazo para eventual cumprimento de ato processual decorrente da publicação;

IV – o fornecimento de endereço eletrônico, que permita acesso ao conteúdo integral dos documentos que compõem a comunicação processual.

Art. 13. As comunicações processuais permanecerão disponíveis para consulta na Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário correspondente durante 24 (vinte e quatro) meses e serão excluídas após este prazo.

Nesse contexto, é salutar esta eg. Corte Especial debruçar-se para análise da temática, cumprindo a *função uniformizadora de jurisprudência* inerente ao Superior Tribunal de Justiça, pois há efetiva divergência jurisprudencial a respeito dessa relevante questão processual, *o termo inicial prevalente na contagem dos prazos quando haja concomitância de intimações eletrônicas, uma pelo Portal Eletrônico e outra pelo Diário da Justiça Eletrônico*.

De fato, deve ser superada a antinomia existente entre os julgados, proporcionando, com isso, segurança jurídica aos jurisdicionados, primado consagrado pelo Direito, assim norteando os operadores do Direito no alinhamento de conduta processual.

Nessa toada, é importante ressaltar que, tratando-se de dissídio jurisprudencial quanto à matéria processual, não se exige a exata similitude fática entre os acórdãos confrontados, bastando o indispensável dissenso a respeito da interpretação da regra de direito processual controvertida.

No caso vertente, a divergência jurisprudencial está relacionada a matéria de direito processual, de índole federal, porquanto se volta à interpretação a ser conferida à Lei 11.419/2006, a qual dispõe acerca da informatização do processo judicial, estabelecendo, nos pontos que interessam ao presente julgamento:

Capítulo I

Da Informatização do Processo Judicial

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º *Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.*

(...)

Capítulo II

Da Comunicação Eletrônica dos Atos Processuais

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

§ 2º **A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial**, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso.

*Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, **dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.***

§ 1º *Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.*

§ 2º *Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.*

§ 3º *A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.*

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Art. 6º Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e

Infracional, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

Art. 7º As cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferentemente por meio eletrônico.

Faz-se oportuno destacar que a referida norma aplica-se tanto no âmbito do direito processual civil como no do processual penal, consoante estabelece o mencionado § 1º do art. 1º, de maneira que é aplicável à hipótese em exame, a qual está no bojo de processo de natureza penal, oriundo de acórdão proferido pela colenda Quinta Turma desta Corte Superior.

Apenas a título de acréscimo, destaca-se que o Código de Processo Civil não revogou a Lei 11.419/2006, a qual continua em vigor regulando, em conjunto com aquele diploma legal, o processo eletrônico.

A propósito, o magistério de ARRUDA ALVIM:

A Lei n. 11.419/2006 buscou regulamentar e implementar no Poder Judiciário o processo eletrônico, permitindo que atos processuais fossem praticados mediante a utilização de sistemas de meios eletrônicos. *O novo Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, dedicou a Seção II do Capítulo I à prática eletrônica dos atos processuais, contudo, não revogou a Lei n. 11.419/2006. Sendo assim, tanto o CPC/2015 quanto a Lei n. 11.419/2006 regulam o processo eletrônico.*

(...)

15.3.3.O processo eletrônico – da Lei n. 9.800/1999 ao CPC/2015

Ao contrário do CPC/1973, o CPC/2015 já foi devidamente aprovado tomando como base uma realidade em que o processo judicial eletrônico já resta devidamente regulamentado e implementado em diversas Comarcas e Tribunais. Diversos são os preceitos que indicam a adequação a esta realidade, havendo, inclusive, uma seção própria no CPC/2015 destinada à prática eletrônica dos atos processuais (Seção II, do Capítulo I, do Título I, do Livro IV – arts. 193 a 199). Ademais, diversos outros dispositivos do CPC/2015 também fazem referência à realização dos atos pela forma eletrônica, restando expresso em diversos momentos sua preferência em relação às formas anteriormente usuais.

A atual preferência decorre de uma continua evolução na previsão legal dos atos processuais eletrônicos, que resultou em todo arcabouço normativo que conjuntamente rege a realização dos atos processuais na forma eletrônica. *O CPC/2015 não esgotou a matéria, tendo pressuposto a existência de uma série de previsões normativas que o precederam e continuam vigentes (como a Lei n. 11.419/2006), tendo silenciado em alguns momentos evocando a aplicação das*

demais disposições e, em outros, tendo reproduzido de forma idêntica ou similar os respectivos comandos. Pertinente, portanto, o destaque quanto às demais normas jurídicas aplicáveis para, então, realizar-se uma análise do CPC/2015.

(...)

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil [livro eletrônico]: teoria geral do processo: processo de conhecimento: recursos: precedentes/Arruda Alvim. - 4. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Como visto nos acórdãos acima destacados, esta Corte tem aplicado normalmente a referida Lei 11.419/2006 em conjunto com o atual Código de Processo Civil, mormente as regras previstas nos arts. 219, 224, 231, V e VII, 269 a 275, e 1.003, § 3º, do aludido Estatuto.

Na espécie em apreço, em se tratando de processo penal, aplica-se, primordialmente, o Estatuto de Processo Penal (arts. 351 a 372 e 798 do CPP), concomitantemente às disposições da Lei 11.419/2006, já que são harmônicos entre si, e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Na sequência, convém diferenciar os dois tipos de comunicação dos atos processuais previstos na Lei do Processo Eletrônico, que aqui estão em debate - intimação pelo Portal Eletrônico e intimação pelo Diário da Justiça Eletrônico -, visando a verificar qual o tipo de intimação eletrônica deverá prevalecer, em caso de duplicidade, para fins de contagem dos prazos processuais.

De um lado, a intimação pelo Diário Eletrônico de Justiça (DJe) envolve a inserção da informação em diário publicado periodicamente. O servidor insere a informação no jornal eletrônico do Tribunal, o qual é disponibilizado, em regra, ao final do dia. Há regra específica segundo a qual a publicação do ato judicial é considerada no dia seguinte ao da disponibilização, marcando o começo dos prazos processuais. Os prazos são contados com a exclusão do dia do começo e com a inclusão do dia do término. Logo, o primeiro dia do prazo ocorre apenas no dia seguinte ao considerado como data da publicação.

Segundo dispõe o § 2º do art. 4º da Lei 11.419/2006, a publicação realizada por meio do Diário da Justiça eletrônico *substitui* qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, exceto nos casos em que, por lei, se exigir intimação ou vista pessoal. Para a corrente que compreende deva prevalecer essa espécie de comunicação dos atos judiciais, isso quer dizer que a comunicação feita às partes e aos seus advogados no Diário de Justiça Eletrônico, para todos os efeitos legais, inclusive para a contagem do prazo recursal, sobrepõe-se a qualquer outra espécie de publicação oficial, mesmo à

intimação eletrônica prevista na Lei 11.419/2006, excetuando-se os casos em que haja obrigatoriedade de intimação pessoal.

O eminente *Ministro Og Fernandes*, analisando a temática no julgamento do AgInt no AREsp 1.040.421/RJ, concluiu que, “*ocorrendo a duplicidade de intimações, eletrônica e publicação no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais*”. E arrematou que, “*se não há discussão quanto à licitude da intimação ocorrida no Diário de Justiça eletrônico (dia 15), não faz sentido considerar, para fins de contagem do prazo recursal, a intimação eletrônica posterior (dia 18 ou 24), porque com a publicação no DJe todas as partes já se deram por intimadas. Vale dizer, não há renovação de prazo*”.

De outro lado, a *intimação pelo Portal Eletrônico* implica o envio da comunicação por intermédio de um sistema eletrônico de controle de processos, cada vez mais utilizado no âmbito do Poder Judiciário. A comunicação do ato processual ocorre “por dentro” do sistema informatizado. O advogado, devidamente cadastrado, acessa o processo judicial eletrônico e é intimado. Há um prazo de dez (10) dias para acesso à informação. Após o envio da intimação pelo processo judicial eletrônico, a parte tem dez (10) dias para consultar o teor da informação. Caso consulte a informação dentro desse lapso temporal, o ato judicial será considerado publicado no dia da consulta, dando-se início ao cômputo do prazo a partir do primeiro dia subsequente. Caso não consulte nos dez (10) dias previstos, a intimação será automática, de maneira que será considerada realizada na data do término desse prazo, independentemente de consulta, iniciando-se, a seguir, a contagem do prazo processual.

A respeito desta modalidade de notificação dos atos judiciais, estabelece o aludido art. 5º da Lei do Processo Eletrônico que as intimações feitas por meio de Portal Eletrônico *dispensam* a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Interpretando a referida norma, o ilustre *Ministro Antonio Carlos Ferreira*, no âmbito da Quarta Turma (REsp 1.653.976/RJ), assim se pronunciou em seu voto condutor do acórdão:

Rogando vênias ao em. Ministro Relator, penso que a jurisprudência sobre o assunto merece ser revisitada, pois a interpretação sistemática das disposições contidas na Lei n. 11.419/2006, que tratam da matéria, indicam a prevalência da intimação realizada por meio de portal (art. 5º) em prejuízo daquela efetivada pelo Diário de Justiça (art. 4º), ambos eletrônicos. Esse entendimento é roborado

a partir da vigência do CPC/2015, ao trazer normas que orientam pela prioridade das intimações judiciais realizadas pela via digital.

(...)

Como se colhe do texto legal, a intimação realizada por meio do Diário da Justiça Eletrônico “substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal”. Essa forma de intimação, sabidamente, veio a substituir a publicação dos atos judiciais no Diário Oficial que circulava em meio físico (papel), procedimento que trouxe agilidade e substancial redução de custos.

Por sua vez, de modo ainda mais específico – e, portanto, preponderante à regra de abrangência geral –, o art. 5º do mesmo diploma preceitua que, aos que se cadastrarem, “[a]s intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio (...), dispensando-se a publicação no órgão oficial, **inclusive eletrônico**”.

Note-se que, feita a intimação por meio do referido “portal”, não se haverá de exigir a publicação do ato judicial no Diário da Justiça (inclusive o eletrônico referido no art. 4º) e, segundo prevê o § 6º do mesmo dispositivo, essa forma de intimação eletrônica é até mesmo suficiente para que se entenda por efetivada a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, condição que não ostenta a publicação no Diário Eletrônico (art. 4º, § 2º, parte final).

Resta inequívoco, dessarte, que o legislador conferiu preponderância à intimação realizada pelo portal eletrônico, prestigiando a prática de atos processuais por meio dessa plataforma.

Sob essa perspectiva, penso que o advogado que se cadastra no portal eletrônico de um determinado Tribunal passa a considerar essa forma de intimação como a “principal”, quiçá exclusiva. Se acaso patrocinar causas apenas naquele Tribunal, decerto que nem sequer reputará necessário acompanhar as intimações de seu respectivo Diário da Justiça Eletrônico, depositando confiança no ato oficial praticado pela Corte de Justiça – a intimação por meio do portal. Do contrário, seria reconhecer a inutilidade da sistemática introduzida pela Lei do Processo Eletrônico, no que diz respeito ao portal de que trata seu art. 5º.

Não me parece, assim, razoável a interpretação que lhe impõe surpresa, após confiar no ato formalmente praticado pelo Judiciário (a intimação via portal), e contar o prazo nos estritos termos de previsão contida em texto expresso de lei.

Nessa toada, salientou também o eminente *Ministro Paulo de Tarso Sanseverino*, no julgamento do AgInt no AREsp 903.091/RJ, *in litteris*:

Porém, revendo meu posicionamento anterior, entendo que deve prevalecer a intimação via portal eletrônico, pois essa modalidade de intimação dispensa a publicação via DJe, conforme expressamente previsto no já aludido art. 5º da Lei 11.419/06.

Essa previsão expressa de dispensa de publicação no DJe evidencia que a intimação eletrônica é a que deve ter prevalência.

Essa também foi a opção normativa esposada pelo novo CPC/2015, conforme se verifica nos seguintes dispositivos legais:

Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.

.....

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

.....

Consoante lição de DANIEL AMORIM A. NEVES, a preferência pela intimação eletrônica se deve ao fato de se tratar de uma forma comunicação “simples, rápida e barata” (Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 426).

Por fim, é oportuno trazer à baila as considerações relevantes feitas pelo ilustre *Ministro Luis Felipe Salomão*, quando da apreciação do AgInt no AREsp 1.330.052/RJ, *in verbis*:

Inicialmente, impende consignar que a Lei n. 11.419/2006 - que dispôs sobre a informatização do processo judicial - previu que as intimações serão realizadas por meio eletrônico em portal próprio, dispensando-se a publicação no órgão oficial.

(...)

Veja-se que a lei em epígrafe - que também alterou alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 - trouxe relevante inovação quanto ao tema, permitindo a realização da intimação eletrônica.

Na esteira da nupercitada novidade, o Código de Processo Civil avançou ao delimitar o tema, prevendo, em seu artigo 272, o seguinte:

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

A partir da perquirição dos dispositivos legais acima, resta evidente que a mens legis *pretendeu deixar claro que a regra em relação à comunicação dos atos processuais aos advogados ocorre mediante a intimação por via eletrônica, valorizando-se a informatização dos processos judiciais.*

Com efeito, tal exegese é compartilhada pela doutrina pátria, consoante se observa nos ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello:

(...)

Em conformidade com os ensinamentos de Araken de Assis, Angélica Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite, as intimações se realizam, sempre que possível, por meio eletrônico:

(...)

Induvidosamente, a forma preferencial de intimação é o meio eletrônico, admitindo-se, contudo, outra via de comunicação se tal meio for inviável no caso concreto, notadamente ante a existência de questões de índole técnicas, quando, por exemplo, o sistema encontrar-se fora do ar.

Não se pode olvidar que a importância da intimação eletrônica é tanta que se aplica até mesmo para as autoridades com prerrogativa de intimação pessoal, consoante se observa, ilustrativamente, na Resolução STJ/GP n. 10, de 6 de outubro de 2015, que regulamentou o processo judicial eletrônico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, na Seção VII da referida Resolução, dedicada às intimações eletrônicas, há a previsão de que as comunicações processuais terão efeitos legais de vista pessoal do interessado.

A propósito:

Seção VII

Das Intimações Eletrônicas

Art. 21. No processo eletrônico, as intimações dos entes públicos que se credenciarem na forma prevista nesta resolução serão feitas por meio eletrônico no portal do STJ, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º. As citações, intimações, notificações e remessas, que viabilizarão o acesso à íntegra do processo correspondente, terão efeitos legais de vista pessoal do interessado, nos termos do § 1º do art. 9º da Lei n. 11.419/2006.
[g.n.]

No caso concreto, observa-se, como salientado alhures, que houve a intimação pela via eletrônica e pela publicação no DJe.

De fato, com fulcro nas considerações anteriores, verifica-se que a melhor hermenêutica subsume-se à prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no Diário de Justiça, entendimento em sintonia com o novel Código de Processo Civil.

A referida interpretação protege a confiança dos patronos e jurisdicionados aos atos praticados pelo Poder Judiciário, zelando pelo princípio da presunção de legalidade e da boa-fé processual, evitando, por fim, a indesejável surpresa na condução do processo.

Dentro do referido conceito, é relevante realizar processo de interpretação harmônico com o espírito do novo CPC, cujo objetivo, em matéria de comunicação de atos processuais, salta aos olhos com força tonitruante, cristalizando-se na primazia das intimações eletrônicas.

Veja-se, a título de exemplo e em paralelismo com os fundamentos ora expendidos, que o art. 246, § 1º, do CPC 2015 assevera que as citações e intimações serão efetuadas preferencialmente por meio eletrônico:

Art. 246. *(omissis)*

§ 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, *as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. [g.n.]*

Registre-se, por fim, que a perquirição hermenêutica do processo civil moderno requer a subsunção dos fatos às normas, visando, como diretriz, aos critérios de racionalidade material, em prol da conotação excessivamente processualista.

José Roberto dos Santos Bedaque, de forma perspicua, assevera:

(...)

Em outras palavras, o critério de racionalidade material deve ser conjugado com o princípio da boa-fé processual, que também é aplicado aos órgãos jurisdicionais, conforme bem pondera **Fredie Didier Jr**:

(...)

Assim, deve-se exigir dos órgãos jurisdicionais comportamento que respeita a boa-fé processual. Trazendo tais argumentos ao caso concreto, não é admissível considerar intempestivo o presente agravo em recurso especial, notadamente porque o próprio Tribunal Estadual atestara que os advogados da recorrente foram tacitamente intimados por via eletrônica em 19.2.2018. Dessa forma, como o recurso foi interposto em 12.3.2018, dentro, portanto, do lapso temporal de 15 dias úteis, deve ser considerado tempestivo.

Interpretação divergente ocasionaria verdadeira absurdez no plano lógico-jurídico, acarretando efetivo prejuízo à parte recorrente, máxime porque a comunicação por via eletrônica partiu da própria Corte de origem, devendo os atos judiciais serem respeitados, ante a presunção de legalidade a eles imanente, de sorte a preservar os princípios da não-surpresa e da proteção da confiança.

Por fim, verifica-se que o teor da Resolução n. 234/2016 do CNJ não contradiz, sequer, o CPC/2015, pois referencia apenas a possibilidade de a publicação no DJe substituir qualquer outra forma de publicação oficial.

Dito isso e partindo-se da premissa de que, diante de procedimento do próprio Poder Judiciário que cause dúvida, como no caso de duplicidade de intimações válidas, não pode a parte ser prejudicada - mormente porque, em tais circunstâncias, cria-se uma incerteza no tocante ao exato termo inicial para contagem dos prazos processuais -, *considera-se que a melhor exegese é a que faz prevalecer a intimação no Portal Eletrônico em detrimento da tradicional intimação por Diário da Justiça*, ainda que atualmente esta também seja eletrônica.

Com efeito, levando-se em consideração os princípios da boa-fé processual, da confiança e da não surpresa, atinentes ao Direito Processual, *deve a norma ser interpretada da forma mais favorável à parte, a fim de se evitar prejuízo na contagem dos prazos processuais*.

Afinal, *“em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito”* (REsp 11.834/PB, Rel. *Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira*, Quarta Turma, julgado em 17/12/1991, DJ de 30/03/1992).

Se a própria Lei do Processo Eletrônico criou essa forma de intimação, dispensando qualquer outra, e tornou este mecanismo hábil a promover, inclusive, as intimações pessoais dos entes que possuem tal prerrogativa, não há como afastar a conclusão de que esta regerá o prazo naturalmente em relação ao advogado que esteja cadastrado no sistema eletrônico. Há, pois, uma presunção de validade, que leva a exigir do Poder Judiciário comportamento condizente com os ditames legais e com a boa-fé processual.

Não obstante para alguns gere perplexidade o prazo tal como computado na intimação feita pelo Portal Eletrônico - pois sua contagem somente se inicia quando o advogado da parte, cadastrado, dá-se por intimado no Portal Eletrônico ou, tacitamente, após dez dias da disponibilização no referido Portal, o que poderia, em tese, ocasionar desigualdade com a parte adversa que eventualmente não tenha cadastro no sistema, na medida em que para esta valeria a data da publicação no DJe -, ele é legal e deve ser prestigiado, pois o mesmo instrumento está acessível e disponibilizado a todos. Note-se que a Lei 11.419/2006 consagrou esta forma de intimação de forma prevalente em relação à tradicional publicação, mesmo eletrônica, da imprensa oficial, dispensando-a.

Como bem delineou o eminente *Ministro Antonio Carlos*, no voto acima reverenciado, o advogado que se cadastra no sistema eletrônico de intimação de um determinado Tribunal, devidamente previsto em lei e que dispensa outra forma de intimação, acaba depositando confiança no ato oficial do Judiciário para fins da contagem dos prazos processuais a que está submetido. Entender de forma diversa, efetivamente, é tornar inútil a moderna sistemática de notificação dos atos oficiais introduzida pela Lei do Processo Eletrônico.

Desse modo, entende-se que sempre que a modalidade de intimação pelo Portal Eletrônico (art. 5º da Lei 11.419/2006) for prevista e aplicável em determinado Tribunal para os advogados devidamente cadastrados, deve esta prevalecer sobre a tradicional intimação pelo DJe.

Acrescente-se, visando maior esclarecimento, que o teor da citada Resolução n. 234/2016 do CNJ não contradiz essa conclusão, pois faz apenas a mesma remissão do art. 4º da Lei 11.419/2006, de que a publicação no DJe substitui qualquer outra forma de publicação oficial. E, como dito, esta previsão cede lugar à dispensa de que trata o art. 5º da mencionada norma.

Na hipótese dos autos, o Superior Tribunal de Justiça, na primeira decisão monocrática proferida (fls. 567/568), considerou intempestivo o recurso especial interposto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de modo que o acórdão recorrido foi publicado no Diário da Justiça Eletrônico (fl. 430) e houve intimação dos advogados via Portal Eletrônico (fls. 431-462 e 574). Portanto, houve duplicidade de intimação a ser dirimida com a prevalência da intimação realizada pelo Portal Eletrônico.

Como visto, o próprio TJRJ tem normativo interno que diz que “*a parte intimada através do portal não deverá ser novamente intimada através de publicação no Diário de Justiça Eletrônico (DJERJ), salvo determinação expressa do magistrado*”. Isso, provavelmente, gerou no advogado uma segurança acerca de como proceder perante aquele Tribunal na contagem do prazo recursal, levando-o a interpor o recurso especial na data de 22/7/2019, com a certeza de sua tempestividade. Todavia, quando o processo chegou no Superior Tribunal de Justiça, foi surpreendido com a declaração de extemporaneidade de seu recurso.

Nesse contexto, deve ser afastada a intempestividade do recurso especial, pelo que *conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento*.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de divergência em agravo em recurso especial interpostos por *Domingos Matheus Chaves de Castro Correa*, por meio do qual se pretende, em síntese, a uniformização do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da situação jurídica caracterizada pela *duplicidade de intimações* da parte (pelo portal eletrônico e por publicação no Diário de Justiça Eletrônico – DJe) e sobre qual delas deverá prevalecer, sustentando o recorrente a tese de que há prevalência da intimação da parte pelo portal eletrônico em detrimento da publicação no DJe.

Voto do e. Relator, Min. Raul Araújo: deu provimento aos embargos de divergência para reconhecer a tempestividade do recurso especial, ao fundamento de que, havendo duplicidade de intimações, deverá prevalecer a realizada no portal eletrônico (art. 5º, *caput*, da Lei n. 11.419/2006), o que, inclusive, encontraria recente amparo na regra do art. 272, *caput*, do CPC/15.

Revisados os fatos, decide-se.

01) Como se depreende do voto do e. Relator, a questão de direito controvertida está situada em uma *aparente antinomia* entre duas regras contidas na Lei n. 11.419/2006 (arts. 4º, § 2º, e 5º, *caput*), que assim dispõem, *verbis*:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

(...)

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

(...)

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

02) A tese segundo a qual, havendo duplicidade de intimações, deverá prevalecer aquela realizada pelo portal eletrônico também teria sido encampada pelo CPC/15, que, em seu art. 272, dispõe que “*quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial*”.

03) A respeito da controvérsia sobre qual deverá ser a intimação a prevalecer na hipótese de duplicidade, anote-se que existem *três diferentes posicionamentos* desta Corte, conforme amplo levantamento realizado pelo e. Relator em seu judicioso voto: (i) deverá prevalecer a intimação realizada no portal eletrônico; (ii) deverá prevalecer a intimação realizada por publicação no Diário de Justiça Eletrônico; (iii) deverá prevalecer a primeira intimação validamente realizada.

04) Ocorre que, se é verdade que a tese de que deverá prevalecer a *intimação no Diário de Justiça Eletrônico* está presente no *acórdão embargado* e a tese de que deverá prevalecer a *intimação no portal eletrônico* está presente nos *acórdãos paradigmas*, não é menos verdade que a tese de que deverá prevalecer a *primeira intimação válida*, independentemente de ser no portal ou no diário, *não está presente nos acórdãos embargado e paradigma*.

05) Daí decorre a necessidade de a Corte Especial definir, preliminarmente ao mérito, uma questão que, salvo melhor juízo, ainda não foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, a saber, se, em julgamento de embargos de divergência, é *admissível a chamada decisão de terceira via*, adotando-se uma *tese jurídica diversa* daquelas existentes nos acórdãos embargado e paradigma.

06) A esse respeito, sublinhe-se, inicialmente, que *não se pode confundir* a adoção de *tese jurídica distinta* das existentes nos acórdãos embargado e paradigma (*decisão de terceira via*) com a cognoscibilidade de *questão jurídica nova e distinta* daquela que é objeto dos embargos de divergência.

07) Com efeito, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em embargos de divergência, “*é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os acórdãos em cotejo*”. (AgInt nos EREsp 1.368.018/DF, Corte Especial, DJe 27/02/2019), ainda que se trate de *matéria de ordem pública* e, como tal, *conhecível de ofício* (AgInt nos EREsp 1.482.089/PA, 2ª Seção, DJe 01/03/2019).

08) Entretanto, a hipótese em exame é substancialmente diferente da situação antes retratada, pois aqui não se introduzirá ao debate uma *questão nova e não examinada* nos acórdãos embargado e paradigma, mas, ao revés, *apenas se examinará uma tese jurídica nova exatamente sobre a mesma questão* que é objeto dos embargos de divergência.

09) Quanto ao ponto, lecionam **Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery**:

Para a fixação da nova tese jurídica sobre matéria sobre a qual até então divergiam os órgãos fracionários do STF ou STJ, o tribunal poderá prestigiar um ou outro entendimento daqueles órgãos, *ou ainda criar um novo entendimento com outros fundamentos. Por isso é que, nos EmbDiv, o tribunal, depois de afirmar a existência de divergência, fixará a nova tese jurídica e a aplicará ao caso concreto. É nisso que reside o comando previsto no CPC 1034, quando se refere a “aplicar o direito [à espécie]”, porque os EmbDiv são uma espécie de continuação do julgamento do RE e do REsp.* (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.396/2.397).

10) No mesmo sentido é a lição de **Pedro Miranda de Oliveira**:

Admitidos os embargos, o respectivo Tribunal Superior pode prestigiar o entendimento da decisão recorrida ou da decisão paradigma ou criar um novo entendimento com outros fundamentos.

Ressalte-se: nos embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, cabe ao órgão colegiado aplicar o direito à espécie, podendo chegar a conclusão diversa, independentemente das teses encontradas nos acórdãos em confronto. Afinal, o caput do art. 1.034 do CPC em vigor positiva a Súmula 456 do STF, cujo teor é o seguinte: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”. (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Comentários ao Novo Código de Processo Civil (Coords: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.549).

11) Dessa forma, se a função principal dos embargos de divergência é, na sempre precisa lição de **José Carlos Barbosa Moreira**, “*propiciar a uniformização da jurisprudência interna do tribunal quanto à interpretação do direito em tese*”, não faria sentido, *data venia*, uniformizar apenas a partir das teses ventiladas nos acórdãos embargado e paradigma, sem considerar tese efetivamente existente em precedentes da Corte, que se aplica à questão que se pretende pacificar e que somente não foi suscitada pela embargante porque não seria capaz de lhe trazer, concretamente, situação jurídica mais vantajosa. *A uniformização da jurisprudência há de ser total e definitiva, não parcial e provisória.*

12) Superada a questão relativa à possibilidade jurídica de prolação de uma decisão de terceira via em embargos de divergência, passa-se ao exame da matéria de fundo.

13) Nesse aspecto, é bem verdade que, após o detalhado exame dos arts. 4º, § 2º, e 5º, ambos da Lei n. 11.419/2006, percebe-se que os referidos dispositivos tratam, na realidade, de questões distintas, de modo que sequer há antinomia entre eles.

14) Com efeito, é preciso lembrar que, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.419/2006, as intimações das partes ocorriam mediante *publicação* em Diário de Justiça *impresso, físico e confeccionado em papel*, salvo as hipóteses em que se exigia a intimação pessoal.

15) É nesse contexto que se insere a então novidade constante do art. 4º, *caput*, que prevê a possibilidade de criação de um Diário de Justiça *eletrônico*, a ser inserido no sítio eletrônico do respectivo Tribunal na *internet* e que, na forma do art. 4, § 2º, substituirá *qualquer outro meio e publicação oficial* (isto é, substituirá as publicações *impressas*), salvo as hipóteses em que se mantém a exigência de intimação pessoal.

16) Em síntese, o art. 4º, *caput* e §§, da Lei n. 11.419/2006, disciplina *apenas as intimações em Diário de Justiça*, promovendo apenas a necessária *transição* de um *modelo impresso e físico* (Diário de Justiça em papel) para um *modelo eletrônico* (Diário de Justiça em um arquivo situado na página do Tribunal na *internet*).

17) **Paralelamente a isso**, a Lei n. 11.419/2006 instituiu também, em seu art. 5º, *caput* e §§, a possibilidade de promover as intimações das partes de outro modo, **distinto do Diário de Justiça (eletrônico ou impresso)**, que são as chamadas *intimações eletrônicas*.

18) Por intermédio dessa ferramenta, que pode ou não ser adotada pelos Tribunais, deverá o patrono da parte realizar um *cadastramento* em uma *determinado portal/plataforma* que será utilizada não apenas para consulta processual e para o peticionamento eletrônico, mas *também para que sejam efetivadas as suas próprias intimações de atos processuais*, dispensando-se, nessa hipótese, a *publicação no Diário de Justiça eletrônico* referido no art. 4º, *caput* e §§, da Lei n. 11.419/2006.

19) Para melhor elucidar a questão, observe-se que, ainda hoje, na *Justiça Estadual de São Paulo* (que adota a plataforma denominada *e-SAJ*), o patrono da parte realiza *consultas processuais* e *peticionamentos* na plataforma, mas *não há intimações eletrônicas*, que ocorrem mediante publicação no Diário de Justiça eletrônico, na forma do art. 4º, *caput* e §§, da Lei n. 11.419/2006.

20) De outro lado, na *Justiça Estadual do Paraná* (que adota a plataforma denominada *ProJudi*), o patrono da parte realiza *consultas processuais*, *peticionamentos* e *também é intimado eletronicamente*, de modo a *dispensar* a publicação no Diário de Justiça eletrônico, nos termos do art. 5º, *caput* e §§, da Lei n. 11.419/2006.

21) Diante desse cenário, examinando-se estritamente o modelo desenvolvido pelo legislador, não há que se falar em antinomia entre as regras, pois, em regra, ou deveria haver a publicação no Diário de Justiça eletrônico disponível no sítio do Tribunal na *internet* (sem a intimação eletrônica na plataforma) ou deveria haver a intimação eletrônica na plataforma disponibilizada pelo Tribunal e na qual o patrono se cadastrou (sem a publicação no Diário de Justiça eletrônico).

22) Conquanto não haja, do ponto de vista estritamente jurídico, espaço para a sobreposição das regras, fato é que há Tribunais, especialmente aqueles que adotam o modelo de intimações eletrônicas na plataforma, que também intimam as partes mediante publicação no Diário de Justiça eletrônico, gerando o fenômeno da duplicidade de intimações que propõe o e. Relator seja resolvido no sentido de *sempre fazer prevalecer àquela realizada na plataforma* a que se refere o art. 5º, *caput* e §§, da Lei n. 11.419/2006.

23) Todavia, a questão controvertida não consiste apenas na identificação acerca de qual é o sistema de intimação a ser observado em cada situação, mas, ao revés, consiste em verificar *se obrigatoriamente deverá haver uma relação de prevalência e de exclusão absoluta entre eles*, do que decorre a necessidade de investigar *se o uso inadequado de um dos sistemas acarretaria, sempre, uma nulidade da intimação efetivada sem a observância das prescrições legais*.

24) Nesse contexto, é importante destacar, de início, que as legislações processuais modernas tem se preocupado *menos com a forma* do ato processual e *mais com a investigação sobre ter sido atingido o objetivo pretendido pelo ato processual defeituosamente produzido*. Diz-se que *“não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato”*, razão pela qual *“a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual”* (AgRg no HC 560.741/RS, 6ª Turma, DJe 19/05/2020).

25) No âmbito da legislação processual civil, por exemplo, é correto afirmar que não vigora o princípio da tipicidade das formas, de maior rigidez, mas, sim, o *princípio da liberdade das formas*, como destacam **Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, André Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr.:**

1. *Liberdade das formas*. Vigora o princípio da liberdade das formas dos atos processuais, sua atipicidade, como expressa o art. 188 deste Código: “Os atos

e termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial". *Pela disciplina legal é mais importante o atingimento pelo ato do objetivo para o qual predestinado do que a propriamente a forma de sua exteriorização. Importa mais que o projétil (ato) acerte o alvo (objetivo) do que sua eventual trajetória. Logo, o para quê do ato processual condiciona o quê processual. O fim que inspira o ato processual serve-lhe para condicionar sua forma.* (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Forense, 2015. p. 718).

26) Essa *atipicidade formal*, como regra, do direito processual fica mais evidente quando se verifica que o legislador conferiu *às partes* o poder de flexibilizar formalidades convencionalmente (art. 190 do CPC/15), concedeu *ao juiz* o poder de flexibilizar formalidades relacionadas aos prazos e à ordem de produção de provas unilateralmente (art. 139, VI, do CPC/15) e concedeu *às partes e ao juiz*, conjuntamente, o poder de flexibilizar formalidades para calendarizar a prática de atos processuais (art. 191 do CPC/15).

27) A mudança de parâmetro quanto às *formas processuais* é tamanha que, especificamente quanto às *intimações*, há a possibilidade de o advogado intimar o advogado da outra parte acerca de um ato processual pelos correios (art. 269, § 1º, do CPC/15), novidade de aplicabilidade prática discutível, mas que bem representa esse novo paradigma.

28) De outro lado, anote-se que nem mesmo a ressalva que indicava a possibilidade de convalidação somente dos defeitos de menor gravidade (art. 244 do CPC/73) foi mantida na legislação processual vigente, pois o art. 277 do CPC/15 prevê serem *suscetíveis de convalidação quaisquer vícios, independentemente de sua gravidade, desde que a alcançada a finalidade* buscada pelo ato processual:

CPC/73 – Art. 244	CPC/15 – Art. 277
Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, <i>sem cominação de nulidade</i> , o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.	Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

29) Quanto ao ponto, leciona **Antonio do Passo Cabral**:

Outro dado que entendo relevante mencionar é a importante alteração empreendida pelo art. 277 do CPC/2015 em relação ao art. 244 do CPC/1973. Este dizia que *“quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”*. Por causa da expressão *“sem cominação de nulidade”*, entendia-se predominantemente que a regra da instrumentalidade (ou da finalidade) não se aplicaria às nulidades ditas cominadas, e por consequência às absolutas.

Pois o art. 277 do novo CPC mudou a regra, suprimindo a expressão *“sem cominação de nulidade”*. Portanto, a nós parece que a evidente intenção do legislador foi estender a instrumentalidade para qualquer tipo de vício, mesmo aqueles que poderiam, no sistema anterior, levar às nulidades absolutas. Endosso as lições do Prof. José Roberto Bedaque, em tese de titularidade apresentada nesta Faculdade [Universidade de São Paulo], quando já no sistema do CPC/1973 defendera que deveria ser aplicada a instrumentalidade mesmo em casos de nulidades absolutas e cominadas. (CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo *in* Revista de Processo: RePro, ano 41, vol. 255, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2016, p. 136/137).

30) Disso decorre a necessidade de se compreender o sistema de nulidades a partir de novos e diferentes pressupostos, a saber: (i) *a regra é a liberdade de formas*; (ii) *a exceção é a necessidade de uma forma prevista em lei*; (iii) *a inobservância de forma, ainda que grave, pode ser sempre relevada se o ato alcançar a sua finalidade*.

31) Assim, é apenas preciso investigar, na hipótese, somente se a intimação da parte de *modo distinto* ao previsto em lei é *válida*, caso em que, havendo duplicidade, ela será *considerada para fins de cômputo dos prazos processuais*, ou se é *nula*, caso em que, havendo duplicidade, *somente a intimação realizada na forma prescrita em lei servirá para fins de cômputo dos prazos processuais*.

32) A esse respeito, sublinhe-se que o *núcleo essencial da intimação é a ciência pelos destinatários acerca do conteúdo do ato processual que se pretende seja comunicado*. Por isso, é imprescindível que se certifique, em primeiro lugar, que a informação foi *efetivamente* entregue ao *receptor* e que seu conteúdo é *límpido* e *inteligível*, de modo a não suscitar dúvida sobre qual ato ou providência deverá ser adotada a partir da ciência e no prazo fixado em lei ou pelo juiz.

33) Perceba-se que, ao mesmo tempo em que privilegia o *princípio da liberdade das formas*, a legislação determina que a comunicação dos atos e termos do processo deverá, em algumas hipóteses, ocorrer de uma *forma específica*

(como, por exemplo, quando se confere a um determinado ente a prerrogativa de ser cientificado pessoalmente).

34) A lógica subjacente às regras especiais de comunicação dos atos processuais não é outra senão tentar garantir, com a maior acuracidade possível, que a *finalidade do ato seja alcançada*, a saber, dar ciência plena e inequívoca acerca da decisão judicial.

35) É evidente que, para que essa comunicação seja realmente *eficaz* e cumpra sua *finalidade*, determinados *elementos formais* são *imprescindíveis*, porque são aptos a certificar a própria existência da ciência inequívoca, de modo que a ausência desses elementos acarreta a nulidade da comunicação e, em se tratando especificamente da *intimação das partes na pessoa de seus advogados*, é iterativa a jurisprudência desta Corte no sentido de que a nulidade somente deve ser decretada *se o defeito efetivamente impedir a ciência*.

36) Daí porque já se decidiu ser *válida a intimação* quando correto o nome da parte, o número do processo e o número da inscrição na OAB, mas *não integralmente indicados o segundo nome e o sobrenome* do advogado (AgInt no AgRg no AREsp 481.059/BA, 4ª Turma, DJe 16/05/2018).

37) De igual modo, há precedentes desta Corte no sentido de que *o erro de grafia no sobrenome do advogado* não resulta em nulidade da intimação realizada se todos os demais elementos identificadores estão corretos (EDcl no AgRg no AREsp 410.962/SP, 3ª Turma, DJe 12/12/2014, AgRg no AREsp 652.823/SP, 4ª Turma, DJe 27/11/2019 e AgInt nos EDcl no AREsp 1.026.648/DF, 1ª Turma, DJe 06/10/2017).

38) Ademais, há tese repetitiva fixada no julgamento dos temas 285 e 286, no sentido de que *“a ausência ou o equívoco quanto ao número da inscrição do advogado na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB não gera nulidade da intimação da sentença, máxime quando corretamente publicados os nomes das partes e respectivos patronos, informações suficientes para a identificação da demanda”* (REsp 1.131.805/SC, Corte Especial, DJe 08/04/2010).

39) Se as *intimações defeituosas* quanto aos seus *elementos identificadores* deverão ser reputadas *válidas* se não houver o comprometimento do núcleo essencial da comunicação, que é a *ciência inequívoca pelo receptor*, com muito mais razão será válida a *intimação hígida* quanto aos seus *elementos identificadores*, que fora veiculada em *meio oficial* (Diário de Justiça eletrônico) somente *distinto* daquele que a lei dizia ser o mais apropriado, pois igualmente *inexistente o comprometimento da ciência inequívoca pelo receptor*.

40) Especificamente quanto ao ponto, não se poderia cogitar, como de fato não se cogita nos embargos de divergência, que a parte não teria sido regularmente cientificada da decisão pela publicação no Diário de Justiça eletrônico (o que poderia dar azo à discussão sobre a eventual invalidade da intimação), mas, ao revés, *apenas se pretende a decretação da nulidade pelo simples fato de que a via adequada seria a intimação pelo portal eletrônico, que somente fora posteriormente realizada.*

41) De toda forma, cabe afastar, de antemão, eventuais argumentações nesse sentido, inclusive aquelas porventura existentes em outros processos, na medida em que é *dever do advogado*, absolutamente *ínsito à profissão*, acompanhar diariamente as publicações efetivadas em seu nome no Diário de Justiça eletrônico nas comarcas, estados e regiões em que atua.

42) A propósito, ressalte-se que essa tarefa essencial se torna particularmente mais simples quando se verifica que *o serviço de leitura informatizada de intimações*, ferramenta imprescindível à atividade advocatícia, é *prestado por centenas de empresas no Brasil* e é oferecido, inclusive *gratuitamente*, por algumas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil.

43) Diante desse cenário, *não há que se falar em prejuízo* pelo simples fato de a intimação, que deveria ocorrer no portal eletrônico, ter sido efetivada no Diário de Justiça eletrônico.

44) Sublinhe-se que descabe objetar a conclusão de ausência de prejuízo ao fundamento de que *a intempestividade recursal seria a própria constatação de sua ocorrência.*

45) Com efeito, o exame sobre a ocorrência de prejuízo deve se *circunscrever apenas ao ato de intimação e à sua validade*, devendo-se perquirir somente se a intimação efetivada por meio oficial distinto daquele previsto em lei *impediu a ciência inequívoca da decisão* pela parte. Se o defeito houvesse impedido a ciência, a intimação seria nula apenas se intempestivo o recurso, mas seria válida se o recurso houvesse sido interposto tempestivamente.

46) Na hipótese, todavia, a questão controvertida está situada em *campo distinto*, pois a parte foi *inequivocamente cientificada da decisão*, razão pela qual é irrelevante a consequência jurídica da inobservância do prazo para o qual foi *validamente intimada.*

47) Finalmente, é preciso destacar que *velhos problemas*, mas em *novas roupagens*, nem sempre exigirão *soluções inovadoras* e distantes da nossa *história* e de nossos próprios *precedentes.*

48) Esta Corte, examinando a hipótese em que as partes foram intimadas pessoalmente de uma sentença por duas vezes, a primeira lavrada manuscritamente pelo juiz e a segunda após a sua datilografia, consignou ser válida a primeira intimação realizada, contando-se a partir dela o respectivo prazo (REsp 294.209/BA, 1ª Turma, DJe 22/10/2001).

49) Também esta Corte, examinando a hipótese em que um procurador autárquico foi intimado de uma decisão por duas vezes, a primeira pessoalmente e a segunda por publicação no Diário de Justiça, concluiu ser válida a primeira intimação realizada, contando-se a partir dela o respectivo prazo (AgRg no REsp 334.189/RS, 6ª Turma, DJe 01/07/2005).

50) Igualmente esta Corte, examinando a hipótese em que uma autarquia foi intimada de uma decisão por duas vezes, a primeira pessoalmente e a segunda por publicação no Diário de Justiça, concluiu ser válida a primeira intimação realizada, contando-se a partir dela o respectivo prazo (EDcl no REsp 1.296.420/PB, 2ª Turma, DJe 05/05/2014).

51) Tratando de hipóteses de intimações pessoais da parte e de posteriores intimações de seus advogados por publicação no Diário de Justiça, esta Corte compreendeu ser válida a primeira intimação realizada, contando-se a partir dela o respectivo prazo (AgInt no REsp 1.768.740/PE, 2ª Turma, DJe 27/11/2019 e AgRg no AgRg no REsp 1.536.847/PB, 2ª Turma, DJe 13/11/2015).

52) *Em comum entre todos os precedentes* acima mencionados, há o reconhecimento: **(i)** da prática de atos de intimação que, por diferentes modos, foram defeituosos; **(ii)** que os defeitos não impediram a ciência inequívoca pelo receptor da informação, a parte ou seu advogado; **(iii)** que alcançada a finalidade das intimações, que é a ciência da parte ou de seu advogado, o ato é válido e não há decretação de nulidade.

53) Extraídas as *rationes decidendi* dos mencionados precedentes, *não há, a meu juízo e respeitosamente, nenhuma razão para que não se adote a mesma solução jurídica na hipótese em exame*, eis que presentes exatamente as mesmas circunstâncias que ensejaram a formação do referido modo de pensar desta Corte.

54) Forte nessas razões, rogando as mais respeitosas *venias* ao e. Relator, **conheço e nego provimento** aos embargos de divergência por fundamentação distinta da existente nos acórdãos embargado e paradigma, fixando a tese de que, *havendo duplicidade de intimações (no portal eletrônico e no Diário de Justiça eletrônico), deverá prevalecer aquela que for primeiramente efetivada de forma válida.*

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de embargos de divergência apresentados por *Domingos Matheus Chaves de Castro Correa* contra acórdão da colenda *Quinta Turma*. Em síntese, o recurso busca uniformizar o entendimento acerca da prevalência do ato de comunicação quando existe duplicidade de intimações. No caso concreto, o embargante pretende a prevalência da intimação via portal eletrônico em detrimento da publicação no Diário de Justiça Eletrônico.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela rejeição dos embargos, sob o fundamento de que o art. 4º, § 2º, da Lei n. 11.419/06 estabelecerá que a publicação no Diário da Justiça eletrônico substituiria qualquer outro meio de publicação oficial, inclusive, a realizada por Portal Eletrônico.

O E. Relator, Ministro Raul Araújo, deu provimento ao recurso para reconhecer a prevalência da intimação via Portal Eletrônico com base no art. 5º, *caput*, da Lei n. 11.419/2006, o que, inclusive, encontraria recente amparo na regra do art. 272, *caput*, do CPC/15.

Para chegar a essa conclusão, o voto enfrentou as três correntes jurisprudenciais encontradas nessa Corte Especial:

- a) deveria prevalecer a publicação em Diário de Justiça Eletrônico em virtude de interpretação textual do art. 4º, § 2º, da Lei n. 11.419/06. A literalidade da previsão imporá a prevalência do Diário Eletrônico sobre qualquer outro ato de comunicação;
- b) na linha do voto do E. Ministro Relator, o art. 5º, *caput*, da Lei n. 11.419/2006 combinado com a redação do art. 272 do CPC imporiam a prevalência do Portal Eletrônico;
- c) deveria prevalecer a primeira intimação validamente efetuada.

A E. Ministra Nancy Andrighi trouxe voto-vista em que partiu da premissa de que a controvérsia estaria em relação a uma aparente antinomia entre os arts. 4º, § 2º e 5º, *caput*, ambos da Lei n. 11.419/2006.

Após essa apresentação, apontou que seria preciso enfrentar uma questão preliminar. Seria preciso saber se os embargos de divergência poderiam analisar apenas os entendimentos apresentados na controvérsia apontada pelo recorrente ou se poderiam adotar uma terceira via.

No caso em questão, a E. Ministra observou que o recurso apontou como teses conflitantes apenas a primeira e a segunda levantadas pelo E. Ministro Raul Araújo. Para a análise de um terceiro entendimento, seria preciso admitir uma decisão de terceira via.

Quanto a esse capítulo decisório, adiro ao voto-vista acrescentando que o objetivo do julgamento do recurso de embargos de divergência é a pacificação do entendimento na Corte Especial, sendo que a demonstração de entendimentos divergentes é apenas um pressuposto para o conhecimento da impugnação pela via recursal, mas as teses pretéritas não vinculam em absoluto o órgão julgador. Nesse sentido, a doutrina de Rodrigo Cunha Lima Freire e Vinicius Silva Lemos:

(...) Com a interposição dos embargos de divergência e todo o trâmite recursal, o julgamento tem, por sua própria característica, a consequência de alcançarse, sempre, a uniformização da jurisprudência, caso julgado em seu mérito, independentemente do resultado a ser proferido. (...) O colegiado tem o dever de, ao conhecer do recurso, dada a existência de divergência de posicionamentos intramuros, resolvê-los, com a busca do posicionamento pacificado. (...) As possibilidades de resultado desse julgamento podem ser diversas, como o colegiado entender pela manutenção do acórdão recorrido (supondo resultado X), reforma do acórdão recorrido integralmente Os embargos de divergência como meio de formação de precedente vinculante Página 7 (alterando para um resultado Y) ou, ainda, reforma do acórdão recorrido para uma junção de entendimentos (alterando para um resultado mesclando X e Y). Essas são as possibilidades de pacificação da divergência apontada e existente no recurso. (...) Há, ainda, quem entenda que o colegiado pode adotar um posicionamento novo, sem guardar congruência com os acórdãos anteriores, ou seja, desligado tanto do resultado do recorrido e do paradigma, com uma construção de uma nova visão sobre a matéria e similitude fática, como Rodrigues bem define. Concordo com tal visão, apesar de muito difícil ocorrer, diante da plausibilidade de seguir os posicionamentos já postos, contudo totalmente possível, apesar de raro. (FREIRE, Rodrigo Cunha Lima; LEMOS, Vinicius Silva. Os embargos de divergência como meio de formação de precedente vinculante. *In: Revista de Processo*, vol. 299, p. 321-360 (acesso online p. 1-29), Jan./2020, p. 7-8)

Superada essa questão preliminar, o voto-vista afastou a suposta antinomia por entender que os arts. 4º, § 2º, e 5º, ambos da Lei n. 11.419/2006, tratariam de questões distintas, de modo que sequer haveria antinomia entre eles.

Também adiro a esse entendimento, salientando que a melhor interpretação ao art. 4º, § 2º, é a de que a “prevalência” prevista no dispositivo

tem como premissa o contexto da época de publicação da Lei n. 11.419/2006. Naquele momento, as publicações oficiais eram, em sua maioria, físicas. Assim, a finalidade do dispositivo é fazer com que a publicação em Diário de Justiça Eletrônico prevaleça sobre publicações por meio físico.

Concordo também que o núcleo essencial da intimação é a “*ciência pelos destinatários acerca do conteúdo do ato processual que se pretende seja comunicado*”. Contudo, peço vênias à E. Ministra Nancy Andrighi para discordar de suas conclusões.

O legislador processual civil adotou um critério legal para se presumir a ciência do destinatário: a comunicação pessoal. Tanto isso é verdade, que o próprio art. 4º, § 2º, da Lei n. 11.419/2006, mesmo com a interpretação supramencionada, prevê, expressamente, que o Diário de Justiça Eletrônico não prevalecerá para os casos em que se exigir intimação pessoal.

Esse foi o critério adotado para as intimações do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, respectivamente nos arts. 180, 183, *caput* e § 1º, e 186, § 1º, todos do CPC, por se entender que, nesses casos, a efetiva ciência desses sujeitos processuais garantiria o interesse público:

Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.

Quando o legislador quis demonstrar que a ausência de comunicação pessoal prejudicaria o exercício de direitos fundamentais processuais, como o contraditório e ampla defesa, exigiu a comunicação pessoal, como aconteceu, por exemplo, nos arts. 485, § 1º, e 675, parágrafo único, do CPC:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...)

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Parágrafo único. Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.

Da mesma forma, quando o legislador quis garantir a eficácia de direito material protegido, exigiu a intimação pessoal, como ocorreu no art. 528 do CPC:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

Todos esses dispositivos demonstram que, em verdade, quando se quis, de fato garantir a “*ciência pelos destinatários acerca do conteúdo do ato processual*”, operacionalizou-se, processualmente, através da comunicação pessoal.

A comunicação pessoal por meio eletrônico ocorre com a intimação via Portal. Essa previsão, no entanto, não está no *caput* do art. 5º da Lei n. 11.419/2006, mas no §6º do mesmo dispositivo:

Art. 5º. (...).

§ 6º. As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Esse foi o critério legal expressamente previsto na Lei de Processos Eletrônicos, para fins de garantia máxima de “ciência pelos destinatários”.

Ademais, na linha do voto do E. Ministro Relator, a boa-fé processual, prevista expressamente no art. 5º do CPC, em sua vertente objetiva, impõe que todos aqueles que participem do processo ajam com lealdade:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

A origem da boa-fé remonta ao direito civil, mas foi transposta para o direito processual civil como uma evolução natural. Nesse sentido, a doutrina portuguesa de Antônio Menezes Cordeiro acentua que:

II. O primeiro sector do extracivil no qual a boa-fé se impôs foi, precisamente, o do processo civil. (...) A jurisprudência mostrou-se receptiva ao movimento, fazendo, desde cedo, aplicação da boa-fé no campo processual. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 139).

Entre os comportamentos vedados pela boa-fé, destaca-se a proibição de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*):

O princípio da vedação ao comportamento contraditório no processo se insere no âmbito do princípio processual da boa-fé objetiva (art. 14, II, do CPC (LGL\1973\5)), que impõe aos sujeitos do processo atuar com lealdade, probidade, sem trair a confiança gerada nos outros sujeitos processuais em razão de seu comportamento anterior. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. In: *Revista de Processo*, vol. 168, p. 331-346 (acesso online p. 1-11), Fev./2009, p. 7)

Ora, exigir-se da parte o cadastramento em Portal Eletrônico e depois surpreendê-la com a ineficácia de sua comunicação pessoal por essa modalidade, atenta diretamente contra o referido princípio.

Na publicação em Diário de Justiça Eletrônico, não se exige comportamento algum da parte. Trata-se de um ato que decorre exclusivamente do Judiciário.

No desrespeito à Comunicação pelo Portal Eletrônico, quebra-se a confiança daqueles que participam do processo, pois o Judiciário administrou um sistema de cadastramento, a parte preencheu dados, criou-se uma expectativa legítima de que as comunicações ocorreriam por esse meio, por serem, inclusive, consideradas pessoais pelo próprio legislador no § 6º, do art. 5º, da Lei n. 11.419/2006.

Não é com outro intuito que os portais eletrônicos costumam explicitar para as partes a data de intimação pelo portal e a data do final do prazo para a prática do respectivo ato. Preterir tal informação em prol da intimação por Diário de Justiça Eletrônico (que sequer é obrigatória nesses casos e pode nem vir a ocorrer) apenas traz insegurança jurídica e confusão para a atuação das partes e advogados nos processos.

Pelas razões supramencionadas, supero o meu entendimento relatado no voto do E. Ministro Relator (AgInt no AREsp 1.343.230/RJ; AgInt no AREsp 1.040.421/RJ) para atualizá-lo para a corrente doutrinária que se filia à prevalência da comunicação por Portal Eletrônico em virtude de dois fundamentos principais:

a) de essa modalidade de comunicação ser considerada pessoal pelo § 6º, do art. 5º, da Lei n. 11.419/2006, garantindo-se, portanto, a ciência pelos destinatários;

b) de o princípio da boa-fé objetiva na seara processual vedar comportamentos contraditórios e quebra de expectativas legítimas. Assim, organizar e gerir sistema de cadastramento e comunicação, implementá-lo e, posteriormente, tornar essa comunicação ineficaz, corrobora para a quebra da confiança e expectativas, comportamentos esperados de todos os que participam do processo.

Ante o exposto, peço vênias à E. Ministra Nancy Andrighi e acompanho a conclusão do E. Relator, Ministro Raul Araújo, no sentido de dar provimento ao recurso da parte embargante, com a adoção da tese da prevalência da comunicação por Portal Eletrônico sobre a publicação no Diário da Justiça Eletrônico, com o acréscimo dos fundamentos aqui exarados.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Conforme salientei no voto proferido na assentada de 3 de fevereiro de 2021, perante esta egrégia Corte Especial, *a controvérsia cinge-se a aferir o termo inicial de contagem dos prazos processuais quando houver duplicidade das intimações eletrônicas previstas na Lei Federal 11.419/2006 (Lei do Processo Eletrônico)*, mais especificamente as intimações ocorridas no Diário da Justiça Eletrônico e no Portal Eletrônico.

Ressaltei, na oportunidade, que, neste Tribunal Superior coexistem *três orientações jurisprudenciais* a respeito do tema, segundo as quais, havendo duplicidade de intimação, deve prevalecer:

(I) a publicação em Diário de Justiça Eletrônico, pois esta substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006). Esta foi a orientação consagrada pelo acórdão ora embargado;

(II) a intimação efetivada por meio do portal previsto no art. 5º da Lei 11.419/2006 sobre aquela realizada pelo Diário da Justiça Eletrônico, porquanto a intimação feita no portal dispensa a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. Esta foi a compreensão trazida nos paradigmas apresentados pela parte embargante, em sua petição recursal;

(III) a primeira intimação validamente efetuada, pois, para todos os efeitos, as partes e seus advogados tomam ciência do ato judicial ou administrativo logo na primeira intimação oficialmente realizada. Esta é uma terceira corrente não veiculada nem no acórdão embargado nem no paradigma.

Analisando a questão de direito controvertida, *conclui-se que*, em caso de duplicidade de intimação em processo sob incidência da Lei 11.419/2006, *deve predominar a intimação feita pelo Portal Eletrônico, para fins de contagem dos prazos processuais*, e não a realizada por publicação via DJe.

Trago à colação os fundamentos mais relevantes do voto que preferi naquela oportunidade:

De um lado, a *intimação pelo Diário Eletrônico de Justiça (DJe)* envolve a inserção da informação em diário publicado periodicamente. O servidor insere a informação no jornal eletrônico do Tribunal, o qual é disponibilizado, em regra, ao final do dia. Há regra específica segundo a qual a publicação do ato judicial é considerada no dia seguinte ao da disponibilização, marcando o começo dos prazos processuais. Os prazos são contados com a exclusão do dia do começo e com a inclusão do dia do término. Logo, o primeiro dia do prazo ocorre apenas no dia seguinte ao considerado como data da publicação.

Segundo dispõe o § 2º do art. 4º da Lei 11.419/2006, a publicação realizada por meio do Diário da Justiça eletrônico *substitui* qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, exceto nos casos em que, por lei, se exigir intimação ou vista pessoal. Para a corrente que compreende deva prevalecer essa espécie de comunicação dos atos judiciais, isso quer dizer que a comunicação feita às partes e aos seus advogados no Diário de Justiça Eletrônico, para todos os efeitos legais, inclusive para a contagem do prazo recursal, sobrepõe-se a qualquer outra espécie de publicação oficial, mesmo à intimação eletrônica prevista na Lei 11.419/2006, excetuando-se os casos em que haja obrigatoriedade de intimação pessoal.

(...)

De outro lado, a *intimação pelo Portal Eletrônico* implica o envio da comunicação por intermédio de um sistema eletrônico de controle de processos, cada vez mais utilizado no âmbito do Poder Judiciário. A comunicação do ato processual ocorre “por dentro” do sistema informatizado. O advogado, devidamente

cadastrado, acessa o processo judicial eletrônico e é intimado. Há um prazo de dez (10) dias para acesso à informação. Após o envio da intimação pelo processo judicial eletrônico, a parte tem dez (10) dias para consultar o teor da informação. Caso consulte a informação dentro desse lapso temporal, o ato judicial será considerado publicado no dia da consulta, dando-se início ao cômputo do prazo a partir do primeiro dia subsequente. Caso não consulte nos dez (10) dias previstos, a intimação será automática, de maneira que será considerada realizada na data do término desse prazo, independentemente de consulta, iniciando-se, a seguir, a contagem do prazo processual.

A respeito desta modalidade de notificação dos atos judiciais, estabelece o aludido art. 5º da Lei do Processo Eletrônico que as intimações feitas por meio de Portal Eletrônico **dispensam** a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Interpretando a referida norma, o ilustre *Ministro Antonio Carlos Ferreira*, no âmbito da Quarta Turma (REsp 1.653.976/RJ), assim se pronunciou em seu voto condutor do acórdão:

(...)

Nessa toada, salientou também o eminente *Ministro Paulo de Tarso Sanseverino*, no julgamento do AgInt no AREsp 903.091/RJ, *in litteris*:

(...)

Por fim, é oportuno trazer à baila as considerações relevantes feitas pelo ilustre *Ministro Luis Felipe Salomão*, quando da apreciação do AgInt no AREsp 1.330.052/RJ, *in verbis*:

(...)

Dito isso e *partindo-se da premissa de que, diante de procedimento do próprio Poder Judiciário que cause dúvida, como no caso de duplicidade de intimações válidas, não pode a parte ser prejudicada - mormente porque, em tais circunstâncias, cria-se uma incerteza no tocante ao exato termo inicial para contagem dos prazos processuais -, considera-se que a melhor exegese é a que faz prevalecer a intimação no Portal Eletrônico em detrimento da tradicional intimação por Diário da Justiça*, ainda que atualmente esta também seja eletrônica.

Com efeito, *levando-se em consideração os princípios da boa-fé processual, da confiança e da não surpresa, atinentes ao Direito Processual, deve a norma ser interpretada da forma mais favorável à parte, a fim de se evitar prejuízo na contagem dos prazos processuais.*

Afinal, “em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito” (REsp 11.834/PB, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Quarta Turma, julgado em 17/12/1991, DJ de 30/03/1992).

Se a própria Lei do Processo Eletrônico criou essa forma de intimação, dispensando qualquer outra, e tornou este mecanismo hábil a promover, inclusive, as intimações pessoais dos entes que possuem tal prerrogativa, não há como afastar a conclusão de que esta regerá o prazo naturalmente em relação ao advogado que esteja cadastrado no sistema eletrônico. Há, pois, uma presunção de validade, que leva a exigir do Poder Judiciário comportamento condizente com os ditames legais e com a boa-fé processual.

Não obstante para alguns gere perplexidade o prazo tal como computado na intimação feita pelo Portal Eletrônico - pois sua contagem somente se inicia quando o advogado da parte, cadastrado, dá-se por intimado no Portal Eletrônico ou, tacitamente, após dez dias da disponibilização no referido Portal, o que poderia, em tese, ocasionar desigualdade com a parte adversa que eventualmente não tenha cadastro no sistema, na medida em que para esta valeria a data da publicação no DJe -, ele é legal e deve ser prestigiado, pois o mesmo instrumento está acessível e disponibilizado a todos. Note-se que a Lei 11.419/2006 consagrou esta forma de intimação de forma prevalente em relação à tradicional publicação, mesmo eletrônica, da imprensa oficial, dispensando-a.

Como bem delineou o eminente Ministro Antonio Carlos, no voto acima reverenciado, *o advogado que se cadastra no sistema eletrônico de intimação de um determinado Tribunal, devidamente previsto em lei e que dispensa outra forma de intimação, acaba depositando confiança no ato oficial do Judiciário para fins da contagem dos prazos processuais a que está submetido. Entender de forma diversa, efetivamente, é tornar inútil a moderna sistemática de notificação dos atos oficiais introduzida pela Lei do Processo Eletrônico.*

Desse modo, entende-se que sempre que a modalidade de intimação pelo Portal Eletrônico (art. 5º da Lei 11.419/2006) for prevista e aplicável em determinado Tribunal para os advogados devidamente cadastrados, deve esta prevalecer sobre a tradicional intimação pelo DJe.

Acrescente-se, visando maior esclarecimento, que o teor da citada Resolução n. 234/2016 do CNJ não contradiz essa conclusão, pois faz apenas a mesma remissão do art. 4º da Lei 11.419/2006 de que a publicação no DJe substitui qualquer outra forma de publicação oficial. E, como dito, esta previsão cede lugar à dispensa de que trata o art. 5º da mencionada norma.

Na hipótese dos autos, o Superior Tribunal de Justiça, na primeira decisão monocrática proferida (fls. 567/568), considerou intempestivo o recurso especial interposto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de modo que o acórdão recorrido foi publicado no Diário da Justiça Eletrônico (fl. 430) e houve intimação dos advogados via Portal Eletrônico (fls. 431-462 e 574). Portanto, houve duplicidade de intimação a ser dirimida com a prevalência da intimação realizada pelo Portal Eletrônico.

Como visto, o próprio TJRJ tem normativo interno que diz que “a parte intimada através do portal *não deverá* ser novamente intimada através de

publicação no Diário de Justiça Eletrônico (DJERJ), salvo determinação expressa do magistrado”. Isso, provavelmente, gerou no advogado uma segurança acerca de como proceder perante aquele Tribunal na contagem do prazo recursal, levando-o a interpor o recurso especial na data de 22/7/2019, com a certeza de sua tempestividade. Todavia, quando o processo chegou no Superior Tribunal de Justiça, foi surpreendido com a declaração de extemporaneidade de seu recurso.

Nesse contexto, deve ser afastada a intempestividade do recurso especial, pelo que *conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento*.

Em seu judicioso *voto-vista*, a *eminente Ministra Nancy Andrichi*, por outro lado, após considerar ser cabível a adoção, no julgamento de embargos de divergência, de *tese jurídica distinta* das existentes nos acórdãos embargado e paradigma (*decisão de terceira via*), concluiu que, “*havendo duplicidade de intimações (no portal eletrônico e no Diário de Justiça eletrônico), deverá prevalecer aquela que for primeiramente efetivada de forma válida*”.

A ilustre *Ministra Nancy Andrichi*, em seus salutares fundamentos, trouxe à baila discussão acerca da validade dos atos jurídico-processuais, ressaltando o reconhecimento: “*(i) da prática de atos de intimação que, por diferentes modos, foram defeituosos; (ii) que os defeitos não impediram a ciência inequívoca pelo receptor da informação, a parte ou seu advogado; (iii) que alcançada a finalidade das intimações, que é a ciência da parte ou de seu advogado, o ato é válido e não há decretação de nulidade*”.

Não se olvida que o direito processual moderno, conforme ressaltado pela ilustrada *Ministra Nancy*, adota a *liberdade das formas e a atipicidade formal como regra*, de maneira que não se decretará a nulidade de nenhum ato intimatório que tenha atendido, validamente, sua finalidade. Ocorre que, na espécie, o debate está *relacionado a dois tipos de intimações eletrônicas previstas em lei*, as quais *possuem autorização legal para serem realizadas em conjunto, mesmo que em datas diferentes, visando à comunicação do mesmo ato processual*. Assim, uma vez realizada qualquer uma delas ou as duas, validamente, *não haverá falar-se em nulidade*.

A *problemática* trazida nos presentes embargos de divergência *não está, assim, inserida, propriamente, no campo da validade, data venia*, mas sobretudo *no campo da eficácia do ato intimatório (da prevalência)*.

De fato, a questão *não se situa na ocorrência de duas intimações, sendo uma válida e a outra inválida*. Fosse isso, a controvérsia seria facilmente dirimida, prevalecendo apenas a intimação validamente realizada.

A celeuma está, na realidade, *vinculada a dois tipos diversos de intimações acerca do mesmo ato processual, sendo ambas plenamente existentes, válidas e capazes de produzir efeitos jurídicos. Porém, tais intimações ocorrem, normalmente, em datas diferenciadas*, o que gera *dúvidas razoáveis acerca do termo a quo de contagem do prazo processual*.

Com efeito, os dois tipos de intimações eletrônicas previstas na Lei 11.419/2006, quando *validamente realizadas – o que é comum acontecer*, quando o Tribunal disponibiliza essas duas formas de intimações ao mesmo tempo –, podem ensejar efeitos jurídicos diretos na contagem dos prazos processuais. Não há nulidade, *data venia*, a ser discutida! Há, ao reverso, dois atos jurídicos válidos e capazes de produzir consequências diretas nos prazos processuais de natureza peremptória.

O debate trazido nos presentes embargos de divergência, então, é justamente definir qual dessas intimações, efetivamente, *terá eficácia prevalente para produzir efeitos jurídicos que desencadearão o início do cômputo do prazo processual a ser observado*.

Por isso, com a devida vênua da eminente *Ministra Nancy Andriighi*, entendo que a *questão controvertida está no plano da eficácia do ato jurídico, e não no da validade*.

Como já longamente salientado, a controvérsia recursal relaciona-se à interpretação dos seguintes dispositivos da Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006), *in verbis*:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

(...)

§ 2º **A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial**, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, **dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico**.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Como se vê, *existem dois tipos de intimação criados para atender à evolução do sistema de informatização dos processos judiciais. A primeira intimação, tratada no art. 4º, é realizada por meio da publicação do Diário da Justiça Eletrônico. E a segunda, referida no art. 5º, é feita por meio do Portal Eletrônico, no qual os advogados cadastram-se nos sistemas eletrônicos dos Tribunais para receber a comunicação dos atos processuais.*

Saliente-se que, conforme delineado no voto proferido na sessão de 3 de fevereiro do corrente ano, é comum nos Tribunais do país a utilização de ambos os métodos de comunicação e de publicação para o mesmo ato judicial (Portal Eletrônico e DJe). Enquanto a intimação eletrônica pelo Portal atende à dinâmica processual mais vinculada às partes do litígio, intimando seus advogados dos atos do processo, a publicação no DJe dá publicidade geral a esses atos, inclusive para eventuais terceiros interessados que não são parte no processo, atendendo, sobretudo, ao princípio constitucional da publicidade dos atos oficiais (CF, art. 37, caput) e dos atos judiciais (CF, art. 93, IX).

A intimação tratada no citado art. 4º está relacionada com a transição das publicações impressas do antigo Diário da Justiça, confeccionado em papel, para as realizadas atualmente, por meio do Diário da Justiça Eletrônico, o que trouxe agilidade ao processo e substancial redução de custos.

Desse modo, a palavra “*substitui*”, constante do mencionado § 2º do art. 4º, refere-se, imediatamente, à regra do caput do próprio art. 4º e não conflita, pois a ela não se reporta, com a regra do outro artigo da mesma Lei, ou seja, com a norma do art. 5º. A expressão “*substitui*” está, assim, vinculada à ideia do caput de substituição de outros **meios** de publicação, como a antiga publicação do Diário impresso em papel pela publicação no DJe, ficando, é claro, ressalvados os casos em que se exige a intimação pessoal.

Anoto que **meio** de publicação não se confunde com **forma** de publicação. Meio de publicação refere a um tipo ou outro de Diário da Justiça (Lei 11.419/2006, art. 1º, § 2º, I); **forma** de publicação refere à publicação genérica ou especial.

Assim, o termo “*substitui*”, na hipótese, não quer dizer que a publicação feita no DJe sobrepõe-se ou prevaleça ante a forma de intimação criada também pela própria Lei 11.419/2006, como a do Portal Eletrônico. Ao contrário, a aludida intimação do Portal Eletrônico é que se sobressai em relação ao DJe, na medida em que o mencionado art. 5º estabelece que aquela “*dispensa*” a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Do mesmo modo, o § 6º do art. 5º da Lei 11.419/2006 atribui à intimação feita no Portal Eletrônico status de intimação pessoal, ao estabelecer que esta forma de comunicação eletrônica é suficiente para que se dê por efetivada a notificação pessoal, inclusive do representante da Fazenda Pública.

Portanto, a comunicação prevista no referido art. 5º é que, por ser especial, específica e direcionada, foi privilegiada pelo legislador, sendo equiparada à intimação pessoal, a qual, por ser preponderante, não pode, de forma alguma, ser superada ou substituída pela publicação genérica realizada no Diário Eletrônico, consoante se observa na simples leitura da parte final do § 2º do art. 4º da Lei em apreço.

É certo que os Tribunais não estão obrigados a adotar essa forma de intimação pelo Portal Eletrônico, criando uma plataforma para possibilitar, além da consulta processual e do peticionamento eletrônico, a intimação eletrônica específica de advogados cadastrados, acerca de atos processuais. Todavia, se o Tribunal optar por possibilitar essa forma de intimação para os advogados devidamente cadastrados, não se poderá esquivar de considerá-la prevalecente, para fins de contagem dos prazos processuais, em detrimento ao meio comum e geral de intimação no Diário da Justiça Eletrônico. Isso, porque, uma vez realizada a intimação, equivalente à intimação pessoal, no Portal, fica dispensada a intimação no órgão oficial.

“*Dispensar*”, significa: “*v.t. 1. Atribuir dispensa a; desonerar ou isentar; 2. Ato de liberar da regra geral; 3. Conferir, dar ou oferecer; 4. Compartilhar; 5. Ação*”

de facultar, emprestar ou ceder. v. pron. 6. Não se considerar forçado ou compelido; livrar-se ou libertar-se; 7. Impedir-se ou privar-se. (Etm. do latim: dispensare)” (In: <https://www.lexico.pt/dispensar/>).

No contexto da norma em apreço, o termo “*dispensar*” está aliado à ideia central de “*desonerar, isentar*”, “*liberar da regra geral*”. Ou seja, *o ato de comunicação especial pelo Portal Eletrônico predomina sobre a comunicação geral dos atos processuais*, feita pelo Diário da Justiça Eletrônico. *Data venia*, entende-se que esta é a *mens legis*.

Em se tratando de ato processual de intimação da parte, ensejando o início da contagem de prazo peremptório, não se pode, *data venia*, autorizar interpretação que prestigie dubiedade e provável prejuízo ao direito de defesa da parte intimada, como se o ato de intimação tivesse finalidade meramente formal, e não a de possibilitar a efetiva prática do ato no interesse do bom andamento do processo, em sentido não apenas formal, mas sobretudo de atendimento ao *substantivo devido processo legal*. O sistema jurídico-processual, ao prever prazos peremptórios, não pode oscilar, segundo as peculiaridades de cada caso concreto, sem trazer uma regra clara e objetiva para as partes e seus patronos. Se a norma ensejar dúvida razoável, não pode a parte perder seu prazo e ver perecer, precluir o seu direito de discutir nos autos sua tese, expondo sua defesa.

Infere-se que se a lei criou a intimação especial, específica para o advogado cadastrado, pelo Portal Eletrônico, de modo que esta não pode existir apenas na letra da norma e não ter efetiva segurança e utilidade prática. Indaga-se: *Para que existir a intimação equivalente à pessoal para o advogado cadastrado, se a intimação geral, ocorrendo em primeiro lugar, conduzirá o advogado a perder o prazo? Ou ainda: Para que existir a intimação equivalente à pessoal para o advogado cadastrado, se ficará obrigado a atentar agora para as duas formas de intimação eletrônica a fim de verificar qual delas ocorreu primeiro? Será melhor não fazer o cadastramento e não ocorrer o risco de confundir-se ou de perder o prazo. Será melhor atentar apenas para a intimação eletrônica geral.*

Reafirma-se, por oportuno, que, conforme já salientado no voto anteriormente proferido, “*o advogado que se cadastra no sistema eletrônico de intimação de um determinado Tribunal, devidamente previsto em lei e que dispensa outra forma de intimação, acaba depositando confiança no ato oficial do Judiciário para fins da contagem dos prazos processuais a que está submetido. Entender de forma diversa, efetivamente, é tornar inútil a moderna sistemática de notificação dos atos oficiais introduzida pela Lei do Processo Eletrônico*”.

Embora não haja antinomia entre os dois tipos de intimação previstos na Lei do Processo Eletrônico, pois ambas podem ser realizadas sozinhas ou conjuntamente, e mesmo assim terão a capacidade de ensejar intimação válida das partes, não se pode perder de vista que, se estas acontecem em duplicidade no feito, deve ser garantida às partes e a seus advogados a previsibilidade e a segurança de qual delas irá prevalecer e, assim, evitar confusão na contagem dos prazos processuais.

Há de prevalecer a presunção de legalidade da intimação prevista no citado art. 5º da Lei do Processo Eletrônico, bem como há de se privilegiar a boa-fé processual e a confiança dos operadores jurídicos nos sistemas informatizados de processo eletrônico. É preciso garantir-se a credibilidade e eficiência desses sistemas. Se prevalecer a intimação geral sobre a especial, pelo fato de haver sido primeiramente publicada, é evidente que o advogado cadastrado provavelmente perderá o prazo para falar nos autos ou praticar o ato, pois, confiando no sistema, estará no aguardo daquela intimação específica.

Caso esta colenda Corte Especial conclua, nesta assentada, que deva prevalecer a intimação geral realizada pelo DJe em detrimento da especial realizada pelo Portal Eletrônico, certamente tornará inócuas, inúteis, as intimações eletrônicas realizadas pelo Portal, as quais acabarão sendo abandonadas pelos operadores do direito. Isso, *data venia*, parece levar a um retrocesso dos sistemas informatizados dos Tribunais, o que é incompatível com a evolução e modernização do Poder Judiciário e do próprio processo.

Por outro lado, concluir-se no sentido de que deva prevalecer a primeira intimação realizada validamente (DJe ou Portal Eletrônico), com a devida vênia da eminente *Ministra Nancy Andrigbi*, acabará por ensejar uma situação de indefinição sobre o método prevalecente de intimação, o qual variará segundo cada caso concreto. Isso, contudo, parece não ser a forma mais justa e objetiva de conduzir o delicado sistema de contagem de prazos processuais de natureza fatal, peremptória. As regras de contagem dos prazos devem ser precisas, seguras e estáveis, e não variáveis conforme cada hipótese.

A escolha por esta Corte Superior da terceira orientação - prevalência da primeira intimação validamente efetuada - irá subtrair o direito da parte prejudicada pela dupla intimação, levando-a, certamente, a sempre perder o prazo processual, pois, evidentemente, se tivesse atentado para a intimação que primeiro foi publicada, logicamente não viria o problema ao Tribunal, pois não teria o advogado perdido o prazo peremptório ao basear-se na segunda intimação.

Desse modo, reitero o entendimento de que, sempre que a modalidade mais moderna e segura de intimação especial, pelo Portal Eletrônico (art. 5º da Lei 11.419/2006), for prevista e aplicável em determinado Tribunal para os advogados devidamente cadastrados, deve esta prevalecer sobre a genérica e tradicional intimação pelo DJe, para o fim de contagem dos prazos processuais.

Com base nessas considerações, *ratifico o voto anteriormente proferido*, para conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, afastando a intempestividade do recurso especial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cinge-se a controvérsia em definir qual a data deve prevalecer, para fins de contagem de prazo recursal, nas hipóteses em que a intimação é realizada por meio de portal de intimação – previsto art. 5º da Lei n. 11.419/2006 – e sobrevém a publicação do ato judicial em diário de justiça eletrônico ou impresso.

Esta Corte Superior vem albergando a tese de prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação via diário da justiça eletrônico, nos casos de duplicidade de intimação.

A propósito:

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Processual Civil. CPC/2015. Intimação eletrônica precedida de intimação no DJe. Contagem de prazo. Prevalência da intimação eletrônica. Exegese do art. 5º da Lei 11.419/2006. Tempestividade do agravo em recurso especial.

1. Controvérsia acerca da contagem de prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, um via DJe e outra por meio de portal eletrônico.

2. “As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico” (art. 5º, ‘caput’, Lei 11.419/2006, sem grifos no original).

3. *Prevalência da intimação eletrônica sobre a intimação via DJe, na hipótese de duplicidade de intimações. Entendimento em sintonia com o CPC/2015.*

4. Contagem do prazo recursal a partir da data em que se considera realizada a intimação eletrônica.

5. Tempestividade do recurso, na espécie.

6. *Agravo interno provido.*

(AgInt no AREsp 903.091/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017) [g.n.]

Recurso especial. Processual Civil. Portal Eletrônico. Diário da Justiça Eletrônico. Intimações por ambas as formas. Prevalência da intimação por meio de portal. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Cessão de créditos. Alienação fiduciária. Não sujeição.

1. Controvérsia sobre o termo inicial do prazo recursal em caso de duplicidade de intimações eletrônicas realizadas na forma da Lei Federal n. 11.419/2006, sendo uma delas por meio do Diário da Justiça Eletrônico (art. 4º) e a outra pelo Portal Eletrônico (art. 5º).

2. *A intimação efetivada por meio do portal previsto no art. 5º da Lei Federal n. 11.419/2006 prevalece sobre aquela realizada pelo Diário da Justiça eletrônico. Interpretação sistemática dos arts. 4º e 5º da lei de regência, à luz de dispositivos e princípios do CPC/2015.*

3. No caso concreto, observado o decêndio previsto no art. 5º, § 3º, da lei de regência, o recurso especial é tempestivo.

4. Os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeitam à recuperação judicial, a teor do que dispõe o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. Precedentes.

5. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.653.976/RJ, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 01/08/2018) [g.n.]

É oportuno, também, salientar a existência de decisões em sentido contrário, no sentido de reconhecer a prevalência da intimação via Diário da Justiça, citando, a título de exemplo: EDcl no AgInt no AREsp 1.229.542/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; AgInt nos EDcl no AREsp 1.342.507/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi; AgRg no AREsp 1.381.136/RJ, Rel. Min. Felix Fischer; AgInt no AREsp 1.254.716/SP, Rel. Min. Og Fernandes)

Além disso, algumas decisões em sentido contrário, lavradas no âmbito da Presidência do STJ (ex: AREsp n. 1.330.934), são fundamentadas em Resolução do Conselho Nacional de Justiça (Res. n. 234/2016) que referenciou o tema, com o desiderato de dar primazia à publicação no Diário de Justiça eletrônico.

Nesse contexto de divergência, torna-se imperioso concluir-se qual modalidade de intimação deverá ser considerada prevaiente, com o escopo de verificar a tempestividade da irrisignação recursal.

2. Inicialmente, impende consignar que a Lei n. 11.419/2006 – que dispôs sobre a informatização do processo judicial – previu que as intimações serão realizadas por meio eletrônico em portal próprio, dispensando-se a publicação no órgão oficial.

Transcreve-se, abaixo, a dicção legal:

Lei n. 11.419/2006

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Veja-se que a lei em epígrafe – que também alterou alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 – trouxe relevante inovação quanto ao tema, permitindo a realização da intimação eletrônica.

Na esteira da nupercitada novidade, o Código de Processo Civil avançou ao delimitar o tema, prevendo, em seu artigo 272, o seguinte:

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

A partir da perquirição dos dispositivos legais acima, resta evidente que a *mens legis* pretendeu deixar claro que a regra em relação à comunicação dos atos processuais aos advogados ocorre mediante a intimação por via eletrônica, valorizando-se a informatização dos processos judiciais.

Com efeito, tal exegese é compartilhada pela doutrina pátria, consoante se observa nos ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello:

O art. 272 do novo diploma foi elaborado pelo legislador visando a solucionar questões surgidas na interpretação do art. 236 do CPC em vigor, como, por exemplo, aquela do que se poderia considerar como sendo “elementos suficientes” (expressão contida na lei) para fins de identificação das partes e advogados, nas intimações. 1.1. *Além disso, o dispositivo deixa claro que a regra, em relação à comunicação dos advogados acerca dos atos processuais, passa a ser a da intimação por meio eletrônico, valorizando a informatização dos processos judiciais.* (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 504) [g.n.]

Em conformidade com os ensinamentos de Araken de Assis, Angélica Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite, as intimações se realizam, sempre que possível, por meio eletrônico:

Já se afirmou que as intimações se realizam, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei. Há momentos em que a utilização do meio eletrônico para a realização de intimações aos advogados não pode se concretizar pelo fato de o sistema encontrar-se fora do ar por questões técnicas. Esta é a razão de o legislador ter considerado que a efetivação da intimação pelo meio eletrônico só será realizada quando possível. (ASSIS, Araken *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 351)

Induvidosamente, a forma preferencial de intimação é o meio eletrônico, admitindo-se, contudo, outra via de comunicação se tal meio for inviável no caso concreto, notadamente ante a existência de questões de índole técnicas, quando, por exemplo, o sistema encontrar-se fora do ar.

Não se pode olvidar que a importância da intimação eletrônica é tanta que se aplica até mesmo para as autoridades com prerrogativa de intimação pessoal, consoante se observa, ilustrativamente, na Resolução STJ/GP n. 10, de 6 de outubro de 2015, que regulamentou o processo judicial eletrônico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, na Seção VII da referida Resolução, dedicada às intimações eletrônicas, há a previsão de que as comunicações processuais terão efeitos legais de vista pessoal do interessado.

A propósito:

Seção VII

Das Intimações Eletrônicas

Art. 21. No processo eletrônico, as intimações dos entes públicos que se credenciarem na forma prevista nesta resolução serão feitas por meio eletrônico no portal do STJ, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º. As citações, intimações, notificações e remessas, que viabilizarão o acesso à íntegra do processo correspondente, terão efeitos legais de vista pessoal do interessado, nos termos do § 1º do art. 9º da Lei n. 11.419/2006. [g.n.]

No caso concreto, observa-se, como salientado alhures, que houve a intimação pela via eletrônica e pela publicação no DJe.

De fato, com fulcro nas considerações anteriores, verifica-se que a melhor hermenêutica subsume-se à prevalência da intimação eletrônica sobre a publicação no Diário de Justiça, entendimento em sintonia com o novel Código de Processo Civil.

A referida interpretação protege a confiança dos patronos e jurisdicionados aos atos praticados pelo Poder Judiciário, zelando pelo princípio da presunção de legalidade e da boa-fé processual, evitando, por fim, a indesejável surpresa na condução do processo.

Dentro do referido conceito, é relevante realizar processo de interpretação harmônico com o espírito do novo CPC, cujo objetivo, em matéria de comunicação de atos processuais, salta aos olhos com força tonitruante, cristalizando-se na primazia das intimações eletrônicas.

Veja-se, a título de exemplo e em paralelismo com os fundamentos ora expendidos, que o art. 246, § 1º, do CPC 2015 assevera que as citações e intimações serão efetuadas preferencialmente por meio eletrônico:

Art. 246. (omissis)

§ 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. [g.n.]

E o *caput* do art. 272 do *Codex* processual é estreme no sentido de que, “[q]uando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial”. Sobressai inequívoco, assim, a prevalência da intimação eletrônica via portal de intimação sobre a intimação realizada por meio de publicação no diário da justiça.

Registre-se, ademais, que a perquirição hermenêutica do processo civil moderno requer a subsunção dos fatos às normas, visando, como diretriz, aos critérios de racionalidade material, em prol da conotação excessivamente processualista.

José Roberto dos Santos Bedaque, de forma perspicua, assevera:

A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados.

O legislador constituinte percebeu essa circunstância fundamental e, em boa hora, estabeleceu considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional, pois elevam garantias processuais ao nível máximo da hierarquia das leis, além de consagrar meios específicos para proteção de determinados direitos, com substancial ampliação da legitimidade para agir. Aliás, já notou a doutrina que as grandes matrizes do direito processual cada vez mais encontram-se disciplinadas em texto constitucional.

A importância dessas inovações, como de outras verificadas ao nível infraconstitucional, reside principalmente na sua causa. Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. *A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.*

Parece imprescindível, pois, um retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica. É preciso “revisitar” os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista.

O tratamento dos institutos fundamentais de nossa ciência deve perder a conotação excessivamente processualista. A abordagem precisa levar em consideração critérios de racionalidade material, não apenas formal.

A ciência processual tem-se preocupado com a criação de categorias e institutos, cuja elaboração precisa a transformou no ramo do Direito que mais se desenvolveu nos últimos anos. Por outro lado, passaram os processualistas a se dedicar tanto a conceitos, muitos de extrema sutileza, que as discussões sobre temas de direito processual acabaram por representar verdadeiro exercício de filosofia pura do Direito. Quando voltamos os olhos para a realidade, porém, verificamos que o processo se encontra muito distante dela. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15-17) [g.n.]

Em outras palavras, o critério de racionalidade material deve ser conjugado com o princípio da boa-fé processual, que também é aplicado aos órgãos jurisdicionais, conforme bem pondera Fredie Didier Jr:

Note que o destinatário da norma é “aquele que de qualquer forma participa do processo” (art. 5º, CPC), o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional.

[...]

A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 124-125)

Assim, deve-se exigir dos órgãos jurisdicionais comportamento que respeite a boa-fé processual. Interpretação divergente ocasionaria verdadeira absurdez no plano lógico-jurídico, acarretando efetivo prejuízo à parte recorrente, máxime porque a comunicação por via eletrônica partiu da própria Corte de origem, devendo os atos judiciais serem respeitados, ante a presunção de legalidade a eles imanente, de sorte a preservar os princípios da não-surpresa e da proteção da confiança.

Nessa linha de intelecção, verifica-se que o teor da Resolução n. 234/2016 do CNJ não contradiz, sequer, o CPC/2015, pois referencia apenas a possibilidade de *a publicação no DJe substituir qualquer outra forma de publicação oficial* – é dizer: a publicação em diário da justiça *eletrônico* substitui a vetusta publicação do diário oficial *impresso*.

3. Por fim, é importante ressaltar que o processo judicial é informado por uma série de princípios; os mais destacados estão elencados no art. 8º do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a **publicidade** e a eficiência.

A importância do princípio da publicidade é ressaltada em muitas outras passagens do *Codex* processual, como se vê nos seguintes dispositivos:

[...]

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão **públicos**, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

[...]

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

[...]

III - a **publicidade processual**, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

[...]

Art. 189. **Os atos processuais são públicos**, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

[...]

Art. 194. Os sistemas de automação processual respeitarão a **publicidade dos atos**, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções.

[...]

Art. 205. Os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes.

[...]

§ 3º Os despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos **serão publicados no Diário de Justiça Eletrônico**.

[...]

Art. 285. A distribuição, que poderá ser eletrônica, será alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade.

Parágrafo único. A lista de distribuição **deverá ser publicada no Diário de Justiça**.

[...]

Art. 368. A audiência será **pública**, ressalvadas as exceções legais.

[...]

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§ 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

§ 3º O juiz deverá determinar que se dê **ampla publicidade** da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

[...]

Art. 943. Os votos, os acórdãos e os demais atos processuais podem ser registrados em documento eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.

§ 1º Todo acórdão conterá ementa.

§ 2º Lavrado o acórdão, sua ementa **será publicada no órgão oficial** no prazo de 10 (dez) dias.

[...]

Ressaltando a importância do princípio da publicidade dos atos judiciais, extrai-se o seguinte excerto doutrinário:

[...]

Outro princípio fundamental, que inspirou o legislador do Código de Processo Civil, é o da publicidade. Esse princípio está ligado a outro, de igual relevância, que é o princípio da motivação das decisões judiciais, *supra*. Em geral, todos os atos realizados no processo são públicos, inclusive as audiências. Trata-se de regra que, por óbvio, representa uma garantia, tanto para as partes quanto para o próprio juiz. Em sede constitucional, o princípio/garantia da publicidade está estampado no inciso IX do art. 93 (redação conforme a EC n. 45/2004), o mesmo que consagra, também, o princípio da ampla fundamentação (ou motivação) das decisões judiciais. Segundo esse dispositivo, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. No Código de Processo Civil, os arts. 444 e 155 dispõem a respeito da publicidade da audiência e dos atos processuais em geral. Essa regra decorre da predominância do interesse público, que envolve a prestação da atividade jurisdicional, sobre o interesse privado daqueles que são partes no processo.

[...]

(WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. V. I. 15ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 83)

Observa-se, assim, que a função precípua da publicação dos atos judiciais em diário da justiça está, não em promover a intimação das partes, mas em dar cumprimento ao mencionado princípio legal e constitucional da publicidade. Assim, no processo judicial, ainda que todas as partes estejam cadastradas para serem intimadas via Portal de Intimação, ainda remanesce a obrigação legal de publicação dos atos judiciais – “despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos” (CPC, art. 205, § 3º c/c art. 943, § 2º) –, a indicar que, na ampla maioria dos casos, é residual a intimação por meio de publicação no diário da justiça impresso ou eletrônico.

Corroborando essa assertiva, o Código de Processo Civil enumera um total de 8 (oito) atos que deflagram o prazo processual – indicando as diferentes formas de intimação disponíveis, dentre elas se inserindo a publicação em diário da justiça impresso ou eletrônico. Confira-se:

Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;

IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;

V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;

VI - a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

VII - a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;

VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.

§ 1º Quando houver mais de um réu, o dia do começo do prazo para contestar corresponderá à última das datas a que se referem os incisos I a VI do *caput*.

§ 2º Havendo mais de um intimado, o prazo para cada um é contado individualmente.

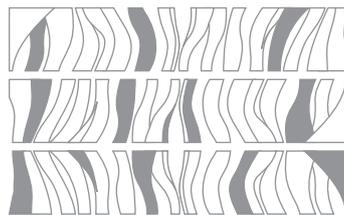
§ 3º Quando o ato tiver de ser praticado diretamente pela parte ou por quem, de qualquer forma, participe do processo, sem a intermediação de representante judicial, o dia do começo do prazo para cumprimento da determinação judicial corresponderá à data em que se der a comunicação.

§ 4º Aplica-se o disposto no inciso II do *caput* à citação com hora certa.

E, de todos os meios disponíveis para se realizar a intimação, o Código de Processo Civil claramente indicou a *modalidade preferencial* – ao estabelecer no *caput* do art. 270 que “[a]s intimações realizam-se, *sempre que possível, por meio eletrônico*, na forma da lei” – e, no caso ora em análise, a *modalidade prevalecente* – o *caput* do art. 272 do mesmo *Codex* processual preconiza que, “[q]uando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial”.

4. Com essas considerações, e pedindo *venia* à divergência, acompanho o bem lançado voto do Ministro Raul Araújo, no sentido de conhecer e dar provimento aos embargos de divergência.

É como voto.



Primeira Seção

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.807.665-SC
(2019/0107158-1)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes

Embargante: Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal
- “Amicus Curiae”

Embargante: Federação Nacional dos Trabalhadores do Serviço Público
Federal - FENADSEF - “Amicus Curiae”

Embargante: Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação
Básica, Profissional e Tecnológica - “Amicus Curiae”

Advogados: José Luis Wagner - DF017183

Valmir Floriano Vieira de Andrade - DF026778

Luiz Antonio Müller Marques e outro(s) - DF033680

Embargado: Antonio Carlos de Campos Lemos

Advogados: Gisele Lemos Kravchychyn - SC018200

Ana Carolina Zanatta Olsen - SC023111

Interes.: União

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) - “Amicus
Curiae”

Advogado: Alexandre Schumacher Triches - RS065635

Interes.: Defensoria Pública da União - “Amicus Curiae”

Advogado: Defensoria Pública da União

EMENTA

Embargos de declaração no recurso especial. Contradição interna entre o julgado e a tese firmada. Alteração da redação da tese. Embargos declaratórios acolhidos.

1. Merece acolhida a irrisignação da parte embargante, tendo em vista a ocorrência de contradição interna entre o julgado e a tese firmada no acórdão embargado.

2. A pretensão da embargante não se dirige ao mérito do julgamento, cingindo-se à redação da tese, no intuito de que nela fique expresso que as prestações vincendas que podem ser objeto de renúncia

são as compreendidas em uma anuidade, isto é, doze meses, com base na aplicação conjugada dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015. Tal entendimento não se caracteriza como tentativa de inovação no julgamento, tendo sido expressamente acolhido no corpo do voto do relator, às e-STJ fls. 860-861.

3. Essa matéria também foi expressamente tratada no acórdão do TRF-4ª Região que julgou o IRDR, como se lê às e-STJ fls. 282-292.

4. Importante atentar que a União, em seu recurso especial, faz dois pedidos. Em caráter principal, pede que não seja aceita a possibilidade de renúncia para fins de competência nos juizados especiais federais. E, como pleito subsidiário, pede expressamente, como se lê à e-STJ fl. 412, que: “*Desse modo, requer-se, aceita a renúncia, que sejam as partes instadas a renunciarem ao valor que excede de forma total o valor de 60 salários mínimos, consideradas de forma integral as parcelas vencidas, e não apenas uma anualidade.*” (grifou-se)

5. Com a devida vênia, seria uma flagrante contradição que o colegiado, por um lado, negasse provimento ao recurso especial - tal qual decidido às e-STJ fls. 840-861 - e, por outro, piorasse a situação da parte recorrida, estendendo a possibilidade de renúncia para muito além do que decidido na instância de origem, tal qual consta no voto do e. Relator no julgamento dos presentes embargos de declaração.

6. Ou seja, não se pode negar provimento ao recurso especial da União, e, ao mesmo tempo, deferir a sua pretensão recursal subsidiária, sob pena de piorar a situação do segurado em relação ao julgamento do tribunal de origem. Seria uma violação frontal ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, corolário do efeito devolutivo inerente aos recursos.

7. Isso fica bastante claro quando se observa a definição do caso concreto pelo TRF-4ª Região, à e-STJ fl. 290: “*Não obstante, admitido que as parcelas vencidas somam cerca de R\$ 46.749,38, ainda que o valor de uma anuidade seja expressivo (R\$79.200,00), nada impede que em relação ao valor total da causa (R\$125.949,38) haja, se assim desejar a parte, renúncia, observado tudo o quanto acima exposto.*” (grifou-se)

8. Caso prevalecesse o entendimento do e. Relator, a renúncia não abrangeria apenas uma anualidade, mas todas as parcelas vencidas. Como a ação foi ajuizada em dezembro/2015, a renúncia não atingiria

apenas a anualidade de 2016 - como decidido pela origem e mantido pelo STJ ao negar provimento ao recurso especial -, mas todas as prestações devidas entre dezembro/2015 e o momento da execução.

9. Como exposto no acórdão da origem, à e-STJ fl. 289, cada parcela mensal no caso concreto representa R\$6.600,00 (seis mil e seiscentos reais). A renúncia de uma anualidade permitida pelo TRF4ª Região, de R\$79.200,00, seria acrescida - pelo entendimento manifestado pelo STJ ao manter o acórdão - de cerca de R\$343.200,00 [valor correspondente às 52 (cinquenta e duas) prestações compreendidas entre janeiro/2017 e abril/2021], até o presente momento. A perda financeira seria enorme - e inexplicável - para um segurado que viu o recurso especial da parte adversa ser improvido e o acórdão que lhe fora favorável ser mantido por esta Corte Superior. Em adendo, registre-se que a perda de todas as parcelas compreendidas entre 2017 e o momento atual decorreria não de culpa da parte, mas sim em virtude da demora do próprio Poder Judiciário em julgar a lide.

10. Assim, a título de complementar o louvado voto do e. Relator, e colaborar com o aperfeiçoamento do julgamento, eliminando contradição interna entre o julgado e a tese firmada, entendo que os embargos de declaração devem ser acolhidos, propondo o acréscimo do trecho em negrito na tese, que segue assim redigida: *“Ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, aí incluídas, sendo o caso, até doze prestações vincendas, nos termos do art. 3º, § 2º, da referida lei, c/c o art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.”*

11. Embargos de declaração acolhidos, sanando-se a contradição no acórdão embargado, nos termos acima expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria, acolher os embargos de declaração, com efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Og Fernandes os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 12 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 1º.7.2021

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Og Fernandes: Inicialmente, gostaria de louvar a percuciência e o brilhantismo do voto do e. Relator, Ministro Sérgio Kukina, que decidiu de forma paradigmática a tese repetitiva referente à possibilidade de renúncia para fins de fixação de competência dos juizados especiais federais.

A pretensão da embargante não se dirige ao mérito do julgamento, cingindo-se à redação da tese, no intuito de que nela fique expresso que as prestações vincendas que podem ser objeto de renúncia são as compreendidas em uma anuidade, isto é, doze meses, com base na aplicação conjugada dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015.

Tal entendimento, a propósito, não se caracteriza como tentativa de inovação no julgamento, tendo sido expressamente acolhido no corpo do voto do relator, como se lê no seguinte trecho:

Estabelecida essa diretriz (quanto a ser possível a renúncia), a questão remanescente diz com a porção do valor da causa a ser considerada para fins de renúncia, no momento do ajuizamento da ação, tendo em mira que a Lei Adjetiva Civil estabelece que, para a composição daquele montante, deverão ser consideradas as prestações vencidas e as vincendas.

Quanto a esse ponto, havendo discussão sobre relação de trato sucessivo nos Juizados Especiais Federais, deve ser observada a conjugada aplicação dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015, quando *a definição do valor da causa deverá observar os seguintes vetores: a) versando a pretensão apenas sobre prestações vincendas, considerar-se-á a soma de doze delas para a definição da competência (art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001); b) quando o pleito englobar prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, somam-se os valores de todas as parcelas vencidas e de uma anuidade das parcelas vincendas (ex vi do art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015).*

Definidos, pois, os critérios para a apuração do valor da causa, tem-se que nada obsta possa a parte autora, em relação a parcelas vencidas ou vincendas, abrir mão de montantes que, em perspectiva, superem o limite de sessenta salários mínimos previsto no *caput* do artigo 3º da Lei 10.259/2001, sem que se descortine, nessa deliberação autoral, traço de ofensa ao princípio do juiz natural – ou escolha de juízo, como verbera a União. (grifou-se)

Essa matéria, a propósito, também foi expressamente tratada no acórdão do IRDR do TRF-4ª Região, que foi mantido pelo STJ quando negou provimento ao recurso especial da União.

A preocupação da embargante, à qual me filio, é apenas que a tese reflita o entendimento acolhido no voto de forma expressa. De fato, a tese, da forma como redigida, poderia levar à conclusão equivocada de que a renúncia admissível para fins de fixação da competência do juizado especial federal seria a da totalidade das parcelas vincendas. Tal interpretação, se adotada, poderia gerar prejuízos de monta aos segurados do INSS e outros usuários que busquem no Poder Judiciário a percepção de verbas alimentares essenciais para a sua sobrevivência.

Tal receio é majorado quando percebo que o e. Relator entende, nestes embargos, que a embargante está tentando estabelecer um limite para a renúncia em relação às parcelas vincendas, o que é rejeitado no voto no seguinte trecho:

Portanto, a pretensão da embargante de modificar a tese fixada em modo repetitivo, com o indisfarçável objetivo de estabelecer verdadeiro limite em relação às parcelas vincendas e também um “teto” para os valores passíveis de renúncia perante o juizado especial federal, a par de constituir tema que *não* foi objeto da matéria afetada e discutida pelo Colegiado da Primeira Seção, evidencia o nítido propósito de nova apreciação da controvérsia, providência que extrapola os limites normativos do presente recurso de natureza integrativa.

Ou seja, aparentemente, a rejeição dos embargos enuncia, no ponto, que não há um limite para a renúncia em relação às parcelas vincendas, o que vai de encontro às razões de decidir e ao exposto teor do próprio voto do e. Relator no acórdão embargado, como visto anteriormente.

Assim, apenas a título de complementar o louvado voto do e. Relator, e colaborar com o aperfeiçoamento do julgamento, sugiro que os embargos de declaração sejam acolhidos, propondo a seguinte redação para a tese: “*Ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresse e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, aí*

incluídas, sendo o caso, até doze prestações vincendas, nos termos do art. 3º, § 2º, da referida lei, c/c o art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.” (o trecho em negrito foi incluído).

Diante do exposto, com todas as vênias ao e. Relator, voto pelo provimento dos embargos de declaração, nos termos acima delineados.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Após os frutíferos debates travados na última sessão, trago esta ratificação do voto-vogal que apresentei naquela ocasião, com algumas reflexões complementares.

Inicialmente, gostaria de louvar mais uma vez a percuciência e o brilhantismo do voto do e. Relator, Ministro Sérgio Kukina, que decidiu de forma paradigmática a tese repetitiva referente à possibilidade de renúncia para fins de fixação de competência dos juizados especiais federais.

A pretensão da embargante não se dirige ao mérito do julgamento, cingindo-se à redação da tese, no intuito de que nela fique expresso que as prestações vincendas que podem ser objeto de renúncia são as compreendidas em uma anuidade, isto é, doze meses, com base na aplicação conjugada dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015.

Tal entendimento não se caracteriza como tentativa de inovação no julgamento, tendo sido expressamente acolhido no corpo do voto do relator, como se lê no seguinte trecho (e-STJ, fls. 860-861):

Estabelecida essa diretriz (quanto a ser possível a renúncia), a questão remanescente diz com a porção do valor da causa a ser considerada para fins de renúncia, no momento do ajuizamento da ação, tendo em mira que a Lei Adjetiva Civil estabelece que, para a composição daquele montante, deverão ser consideradas as prestações vencidas e as vincendas.

Quanto a esse ponto, havendo discussão sobre relação de trato sucessivo nos Juizados Especiais Federais, deve ser observada a conjugada aplicação dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015, quando *a definição do valor da causa deverá observar os seguintes vetores: a) versando a pretensão apenas sobre prestações vincendas, considerar-se-á a soma de doze delas para a definição da competência (art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001); b) quando o pleito englobar prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou*

superior a um ano, somam-se os valores de todas as parcelas vencidas e de uma anuidade das parcelas vincendas (ex vi do art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015).

Definidos, pois, os critérios para a apuração do valor da causa, tem-se que nada obsta possa a parte autora, em relação a parcelas vencidas ou vincendas, abrir mão de montantes que, em perspectiva, superem o limite de sessenta salários mínimos previsto no *caput* do artigo 3º da Lei 10.259/2001, sem que se descortine, nessa deliberação autoral, traço de ofensa ao princípio do juiz natural – ou escolha de juízo, como verbera a União. (grifou-se)

Essa matéria, a propósito, também foi expressamente tratada no acórdão do TRF-4ª Região que julgou o IRDR, como se lê nos seguintes trechos (e-STJ, fls. 282-292):

Definido o caso concreto, podem assim ser resumidas as conclusões a que se chegou quanto aos temas debatidos:

a) No âmbito dos Juizados Especiais Federais há duas possibilidades de renúncia: (i) uma inicial, considerando a repercussão econômica da demanda que se inaugura, para efeito de definição da competência; (ii) outra, na fase de cumprimento da decisão condenatória, para que o credor, se assim desejar, receba seu crédito mediante requisição de pequeno valor.

b) Havendo discussão sobre relação de trato sucessivo no âmbito dos Juizados Especiais Federais, devem ser observadas as seguintes diretrizes para a apuração de valor da causa, e, logo, para a definição da competência, inclusive mediante renúncia: (i) quando a causa versar apenas sobre prestações vincendas e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, considera-se para a apuração de seu valor o montante representado por uma anuidade; (ii) quando a causa versar sobre prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, considera-se para a apuração do seu valor o montante representado pela soma das parcelas vencidas com uma anuidade das parcelas vincendas; (iii) obtido o valor da causa nos termos antes especificados, a renúncia para efeito de opção pelo rito previsto na Lei 10.259/2001 incide sobre o montante total apurado, consideradas, assim, parcelas vencidas e vincendas. (grifou-se)

Importante atentar que a União, em seu recurso especial, faz dois pedidos. Em caráter principal, pede que não seja aceita a possibilidade de renúncia para fins de competência nos juizados especiais federais. E, como pleito subsidiário, pede expressamente, como se lê à e-STJ fl. 412, que: ***“Desse modo, requer-se, aceita a renúncia, que sejam as partes instadas a renunciarem ao valor que excede de forma total o valor de 60 salários mínimos, consideradas de forma integral as parcelas vincendas, e não apenas uma anualidade.”*** (grifou-se)

Frise-se: a União recorre pedindo, de forma subsidiária, que, se for aceita a possibilidade de renúncia, a parte possa renunciar de forma integral às parcelas vincendas, e não apenas a uma anualidade.

Com a devida vênia, seria uma flagrante contradição que o colegiado, por um lado, negasse provimento ao recurso especial - tal qual decidido às e-STJ fls. 840-861 - e, por outro, piorasse a situação da parte recorrida, estendendo a possibilidade de renúncia para muito além do que decidido na instância de origem, tal qual consta no voto do e. Relator no julgamento dos presentes embargos de declaração.

Ou seja, não se pode negar provimento ao recurso especial da União, e, ao mesmo tempo, deferir a sua pretensão recursal subsidiária, sob pena de piorar a situação do segurado em relação ao julgamento do tribunal de origem. Seria uma violação frontal ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, corolário do efeito devolutivo inerente aos recursos.

Isso fica bastante claro quando se observa a definição do caso concreto pelo TRF-4ª Região, à e-STJ fl. 290: “*Não obstante, admitido que as parcelas vencidas somam cerca de R\$ 46.749,38, ainda que o valor de uma anuidade seja expressivo (R\$79.200,00), nada impede que em relação ao valor total da causa (R\$125.949,38) haja, se assim desejar a parte, renúncia, observado tudo o quanto acima exposto.*” (grifou-se).

Caso prevaleça o entendimento do e. Relator, a renúncia não abrangerá apenas uma anualidade, mas todas as parcelas vincendas. Como a ação foi ajuizada em dezembro/2015, a renúncia não atingiria apenas a anualidade de 2016 - como decidido pela origem e mantido pelo STJ ao negar provimento ao recurso especial -, mas todas as prestações devidas entre dezembro/2015 e o momento da execução.

Como exposto no acórdão da origem, à e-STJ fl. 289, cada parcela mensal no caso concreto representa R\$6.600,00 (seis mil e seiscentos reais). A renúncia de uma anualidade permitida pelo TRF-4ª Região, de R\$79.200,00, seria acrescida - pelo entendimento manifestado pelo STJ ao manter o acórdão - de cerca de R\$343.200,00 [valor correspondente às 52 (cinquenta e duas) prestações compreendidas entre janeiro/2017 e abril/2021], até o presente momento. A perda financeira seria enorme - e inexplicável - para um segurado que viu o recurso especial da parte adversa ser improvido e o acórdão que lhe fora favorável ser mantido por esta Corte Superior.

Em adendo, registre-se que a perda de todas as parcelas compreendidas entre 2017 e o momento atual decorreria não de culpa da parte, mas sim em virtude da demora do próprio Poder Judiciário em julgar a lide.

Portanto, o pleito da embargante, o qual entendo merecer guarida, é apenas que a tese reflita o entendimento acolhido no voto de forma expressa. De fato, a tese, da forma como redigida, leva à conclusão equivocada de que a renúncia admissível para fins de fixação da competência do juizado especial federal abrange a totalidade das parcelas vincendas. Tal interpretação, se adotada, além de não refletir o teor do que foi julgado pelo colegiado, gerará, como demonstrado no caso concreto, prejuízos de monta aos segurados do INSS e outros usuários que busquem no Poder Judiciário a percepção de verbas alimentares essenciais para a sua sobrevivência.

Assim, a título de complementar o louvado voto do e. Relator, e colaborar com o aperfeiçoamento do julgamento, eliminando contradição interna entre o julgado e a tese firmada, entendo que os embargos de declaração devem ser acolhidos, propondo a seguinte redação para a tese: *“Ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, aí incluídas, sendo o caso, até doze prestações vincendas, nos termos do art. 3º, § 2º, da referida lei, c/c o art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.”* (o trecho em negrito foi incluído).

Diante do exposto, com todas as vênias ao e. Relator, voto pelo provimento dos embargos de declaração, nos termos acima delineados.

É como voto.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de embargos declaratórios opostos pela Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal – CONDSEF e Outros contra acórdão proferido pela Primeira Seção assim ementado (fls. 848/849):

Processual Civil. Recurso especial. Controvérsia repetitiva. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas julgado pelo TRF-4. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Juizado Especial Federal. Art. 3º da Lei 10.259/2001. Competência absoluta. Valor da causa. Possibilidade de o demandante renunciar

ao montante excedente a sessenta salários mínimos. Renúncia expressa. Recurso da União desprovido.

1. Esta Primeira Seção afetou ao rito dos repetitivos a seguinte discussão: “Possibilidade, ou não, à luz do art. 3º da Lei n. 10.259/2001, de a parte renunciar ao valor excedente a sessenta salários mínimos, aí incluídas prestações vincendas, para poder demandar no âmbito dos Juizados Especiais Federais”.

2. Na origem, decidindo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o TRF-4 concluiu no sentido de ser possível ao demandante renunciar ao excedente do referido valor de alçada.

3. Em seu recurso especial, para além de alegada negativa de prestação jurisdicional, sustenta a União que, sendo absoluta a competência dos Juizados Especiais Federais, não se pode permitir que a parte autora possa renunciar a valores, de modo a escolher o juízo em que deva tramitar sua pretensão, menosprezando o princípio do juiz natural.

4. Não se configura o pretendido maltrato ao art. 1.022 do CPC quando a decisão embargada tenha decidido a controvérsia de modo completo.

5. “Na hipótese de o pedido englobar prestações vencidas e vincendas, há neste Superior Tribunal entendimento segundo o qual incide a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, que interpretado conjuntamente com o mencionado art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001, estabelece a soma da prestações vencidas mais doze parcelas vincendas, para a fixação do conteúdo econômico da demanda e, consequentemente, a determinação da competência do juizado especial federal” (CC 91.470/SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Terceira Seção*, julgado em 13/8/2008, DJe 26/8/2008).

6. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à natureza absoluta da competência atribuída aos Juizados Especiais Federais, a teor do art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001, observando-se, para isso, o valor da causa. Nesse sentido: REsp 1.707.486/PB, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, julgado em 3/4/2018, DJe 9/4/2018; AgInt no REsp 1.695.271/SP, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, julgado em 12/12/2017, DJe 15/12/2017.

7. Como também já deliberado pelo STJ, “Se o autor da ação renunciou expressamente o que excede a sessenta salários, competente o Juizado Especial Federal para o feito” (CC 86.398/RJ, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Terceira Seção*, julgado em 13/2/2008, DJ 22/2/2008, p. 161).

8. Se o legislador, na fase de cumprimento da decisão, previu expressamente a possibilidade de renúncia ao crédito excedente para fins de o credor se esquivar do recebimento via precatório (art. 17, § 4º, da Lei 10.259/2001), não se compreende como razoável vedar-se ao interessado, no ato de ajuizamento da ação, a possibilidade de dispor de valores presumidamente seus, em prol de uma solução mais célere do litígio perante os Juizados Especiais Federais.

9. Nesse contexto, não pode, respeitosamente, prevalecer entendimento contrário, tal como aquele cristalizado no Enunciado 17 (aprovado no II FONAJEF, em 2005), segundo o qual “Não cabe renúncia sobre parcelas vincendas para fins de fixação de competência nos Juizados Especiais Federais”.

10. Inexistem, em suma, amarras legais que impeçam o demandante de, assim lhe convindo, reivindicar pretensão financeira a menor, que lhe possibilite enquadrar-se na alçada estabelecida pelo art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001.

11. *Tese Repetitiva*: “Ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001, aí incluídas, sendo o caso, as prestações vincendas”.

12. No caso concreto, a pretensão da União vai na contramão do enunciado acima, por isso que seu recurso especial resulta desprovido.

Em suas razões, a parte embargante aponta a existência de omissão no julgado, destacando-se de sua argumentação os seguintes excertos:

Ocorre que, na fixação da tese, verifica-se omissão sobre aspecto que foi objeto de apreciação por esta E. Corte e cuja referência é essencial a fim de explicitar o que foi efetivamente decidido, tanto para evitar É que, no que diz com as parcelas vincendas a serem consideradas para fins de fixação do valor da causa, em relação às quais se admite a renúncia para estabelecimento da competência do Juizado Especial Federal, trata-se apenas daquelas relativas a uma anuidade.

Nesse ponto, cabe destacar que a tese, da forma como redigida, poderia levar à conclusão – distorcida – de que a renúncia admissível para fins de fixação da competência do Juizado Especial Federal seria a da totalidade das parcelas vincendas.

Ora, esse entendimento, além de mitigar sobremaneira o âmbito de competência dos Juizados Especiais Federais, acabaria por implicar a retirada de direitos constitucionalmente garantidos.

Para atestar tal situação, basta considerar, ilustrativamente, hipótese de demanda judicial em que seja pleiteada a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, buscando-se a implementação do benefício e o pagamento de parcelas em atraso.

Ao admitir-se que a renúncia que importa o estabelecimento da competência do JEF seria das parcelas vincendas, de forma ampla – aplicando-se literalmente a tese firmada –, a consequência seria a negativa do próprio direito à implantação do benefício, permitindo-se que, no âmbito do Juizado Especial, fosse pleiteado apenas o pagamento das parcelas em atraso e dos valores de benefício mensal vincendos que, somados àquelas, atingissem sessenta salários mínimos.

Por certo não foi essa a intenção do legislador ao dispor sobre a criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Aliás, quanto ao ponto, cabe observar que a exposição de motivos da proposta legislativa depois transformada na Lei n. 10.259/2001 referiu justamente que como um dos pontos positivos de mencionada iniciativa convém destacar que ela poderá ter o condão de facilitar, sobremaneira, a tramitação das causas previdenciárias.

Evidente que as causas previdenciárias – assim como as atinentes a questões remuneratórias de servidores públicos, por exemplo – dizem, no mais das vezes, com a implantação de benefícios de expressão mensal – e, frise-se, de caráter alimentar. Assim, uma vez que seja aplicada a tese firmada no presente recurso de forma a compreender as parcelas vincendas, genericamente, na renúncia que possibilitará a tramitação da demanda perante o Juizado Especial Federal, estará sendo excluída, da competência do mesmo, vultoso número de ações judiciais de natureza previdenciária e administrativa. Ou, sob outra ótica, estará sendo negada aos jurisdicionados que decidam, mesmo assim, optar pela sistemática dos Juizados como forma de poder ter acesso ao Poder Judiciário – dada a dispensa da presença de advogado e do pagamento de custas e de verba honorária –, a concessão de parcelas de caráter alimentar e que constituem, muitas vezes, a concretização de direitos fundamentais sociais.

Assim, restará frustrado o próprio intuito da criação dos Juizados Especiais Federais – segundo a citada exposição de motivos da lei que os instituiu, a proposição desafogará a Justiça Federal de primeiro e segundo grau e “propiciará o atendimento da enorme demanda reprimida dos cidadãos, que lhe não podem ter acesso à prestação jurisdicional por fatores de custos, a ela não recorrem pela reconhecida morosidade decorrente do elevado número de processos em tramitação”.

Observa-se que no presente recurso especial a decisão foi no sentido de que, versando a pretensão apenas sobre prestações vincendas, considerar-se-á a soma de doze delas para a definição da competência.

Consignou-se expressamente que, uma vez assentada a possibilidade de renúncia para fins de estabelecimento da competência do JEF, seria necessário fixar a porção do valor da causa a ser considerada para fins de renúncia, no momento do ajuizamento da ação.

Ou seja, foi estabelecida a premissa para a fixação do valor da causa da demanda – a qual determina a competência para apreciação da mesma – e, a partir dela, a possibilidade de renúncia de porção do valor da causa fixado para fins de demandar perante o JEF.

Do que foi decidido, portanto, resta claro que a renúncia do valor que excede a sessenta salários mínimos para fins de fixação da competência do Juizado Especial Federal diz respeito, estritamente, aos valores considerados para fins de apuração do valor da causa, não estando abrangidos os valores não considerados

para tal cálculo, ou seja, os que venham a se vencer após decorrido um ano da propositura da ação.

Entretanto, como dito, esse aspecto não constou da tese firmada no presente recurso especial, caracterizando-se omissão com potencial de gerar futuras controvérsias e interpretações lesivas tanto aos jurisdicionados quanto ao próprio instituto do Juizado Especial e às finalidades para as quais foi criado.” (fls. 867/869)

Ao fim, pugna por que seja suprida a omissão apontada, defendendo ser *“essencial para que se atinja a finalidade visada pelo legislador ao instituir a sistemática dos recursos repetitivos, qual seja, a de uniformizar o entendimento jurisprudencial e atender à segurança jurídica – desiderato que só será alcançado com a fixação da tese de modo a abranger todos os aspectos apreciados, evitando futuras controvérsias sobre sua extensão.”* (fl. 871).

A União apresentou impugnação (fls. 887/887).

Ouvido, o Ministério Público manifestou-se pela rejeição dos embargos declaratórios (fls. 896/899).

É o relatório.

VOTO

Ementa: Processual Civil. Embargos de declaração em recurso especial repetitivo. Inexistência dos vícios do art. 1.022 do CPC. Rediscussão de questões decididas. Impossibilidade.

1. De acordo com a norma prevista no art. 1.022 do CPC, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão embargada.

2. No caso, não se verifica a existência de nenhum dos vícios em questão, pois o acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia posta no recurso.

3. Não podem ser acolhidos embargos de declaração que, a pretexto de alegadas omissões no julgado combatido, traduzem, na verdade, o inconformismo da parte com a decisão tomada, buscando rediscutir o que decidido já foi.

4. Embargos de declaração rejeitados.

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Não prospera a irrisignação da parte embargante.

De acordo com o previsto no artigo 1.022 do CPC, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão embargada.

Entretanto, no caso dos autos, não se verifica a existência de nenhum desses vícios, pois o acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia posta no recurso.

Com efeito, a Primeira Seção, ao proferir o acórdão embargado, firmou a tese de que, “*ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, aí incluídas, sendo o caso, as prestações vincendas*”.

A fim de que não restem dúvidas sobre a controvérsia examinada pelo Colegiado, convém destacar o seguinte excerto extraído da fundamentação do acórdão embargado:

IV - Da afirmada violação aos arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 17, § 4º, da Lei 10.259/2001, e 54, 64, § 1º, e 292, §§ 1º e 2º, do CPC

No que respeita à questão de fundo propriamente dita (possibilidade de o autor renunciar ao valor excedente a 60 SMs para ingressar nos JEFs), convém, desde já, reproduzir o art. 3º da Lei 10.259/2001:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput.

§ 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

Nas razões do especial, a União sustenta o entendimento de que, sendo *absoluta* a competência dos Juizados Especiais Federais, não pode essa condição ser objeto de alteração pela vontade unilateral da parte autora, em modo de renúncia, mediante a atribuição do valor da causa em montante inferior a sessenta salários mínimos, como admitido pela Corte regional de origem, ao estabelecer diretrizes sobre tal possibilidade no âmbito do referido incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Como antecedente para o correto deslinde da questão, impõe-se, em primeiro momento, o enfrentamento do tema relativo à fixação do valor da causa em sede de juizados especiais federais.

A esse respeito, o § 2º do referido art. 3º dispõe que, “quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, *caput*”, omitindo-se o legislador, porém, em disciplinar o valor relativo a parcelas já vencidas, gerando, no ponto, a necessidade de se recorrer aos subsidiários préstimos do Código de Processo Civil, tal como feito pelo acórdão recorrido.

Em decorrência dessa indigitada lacuna normativa, FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO e JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR assinalam a “relevância do tema e a necessidade da fixação adequada do valor da causa, por parte do demandante, ao propor a ação, fazendo-se mister, por conseguinte, a observância das regras definidas no art. 292 do CPC, ou, tendo como critério orientador, o pedido e a causa de pedir, não se admitindo a estipulação aleatória sem a definição de qualquer desses critério fundamentais que, em outros termos, representam, em síntese muito simplificada, o benefício perseguido pela demanda” (Juizados especiais federais cíveis e criminais - comentários à Lei n. 10.259, de 12-7-2001. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 117-8).

Por igual, J.E.CARREIRA ALVIM e LUCIANA GONTIJO CARREIRA ALVIM CABRAL explicam que “o critério de fixação do valor da causa deve ser necessariamente aquele especificado pelos arts. 291 a 293 do novo CPC, por ser o elemento que permite delimitar a competência dos Juizados Especiais Federais e das Varas Federais comuns” (Lei dos juizados especiais federais cíveis comentada. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 32).

Nesse mesmo diapasão, malgrado a redação do aludido e lacunoso preceito legal tenha, de início, suscitado alguma dúvida, a jurisprudência desta Corte, de há muito, posicionou-se no sentido de que, “na hipótese de o pedido englobar prestações vencidas e vincendas, há neste Superior Tribunal entendimento segundo o qual incide a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, que interpretado conjuntamente com o mencionado art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001, estabelece a soma da prestações vencidas mais doze parcelas vincendas, para a fixação do conteúdo econômico da demanda e, conseqüentemente, a determinação da competência do juizado especial federal.” (CC 91.470/SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Terceira Seção*, julgado em 13/8/2008, DJe 26/8/2008).

Nessa mesma linha, confira-se:

Previdenciário. Conflito negativo de competência. Pedido de condenação ao pagamento de prestações vencidas e vincendas. Aplicação do art. 260 do CPC c.c. art. 3º, § 2º, da Lei n. 10.259/2001 para a fixação do valor da causa. Feito que ultrapassa o valor de sessenta salários mínimos. Incompetência do Juizado Federal Especial. Domicílio da parte autora não é sede de Vara da Justiça Federal. Opção de foro. Art. 109, § 3º, da Constituição Federal. Competência relativa. Súmula n. 33/STJ. Decisão mantida pelos seus próprios fundamentos.

1. Conforme entendimento desta Corte, para a fixação do conteúdo econômico da demanda e, conseqüentemente, a determinação da competência do juizado especial federal, nas ações em que há pedido englobando prestações vencidas e também vincendas, como no caso dos autos, incide a regra do art. 260 do Código de Processo Civil interpretada conjuntamente com o art. 3º, § 2º, da Lei n. 10.259/2001.

2. O crédito apurado a favor do Autor é superior a 60 (sessenta) salários mínimos, evidenciando-se, portanto, a incompetência do Juizado Especial Federal para processamento e julgamento do feito.

3. Sendo absolutamente incompetente o Juizado Especial Federal, e não possuindo o domicílio do segurado sede de Vara Federal, tendo ele optado por ajuizar a presente ação no Juízo Estadual do seu Município, conforme faculdade prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, impõe reconhecer tratar-se de competência territorial relativa, que não pode, portanto, ser declinada de ofício, nos termos da Súmula n. 33/STJ.

4. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no CC 103.789/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, *Terceira Seção*, julgado em 24/6/2009, DJe 1º/7/2009)

Portanto, na fixação do valor da causa perante os juizados especiais federais, deverão ser observadas, para além do regramento previsto na Lei 10.259/2001 (art. 3º), as disposições contidas no vigente CPC/15, abaixo transcritas:

Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;

VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

§ 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.

§ 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

§ 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas."

É com base, pois, nesse nuclear suposto que a controvérsia admitida por esta Primeira Seção ("possibilidade, ou não, à luz do art. 3º da Lei n. 10.259/2001, de

a parte renunciar ao valor excedente a sessenta salários mínimos, aí incluídas prestações vincendas, para poder demandar no âmbito dos juizados especiais federais”) deverá ser enfrentada e solucionada.

A tal desiderato, cabe registrar, mais, que a jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à natureza *absoluta* da competência atribuída aos Juizados Especiais Federais, a teor do art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001, observando-se, para isso, o valor da causa.

Confira-se:

Processo Civil. Recurso especial. Competência do Juizado Especial Federal. Afastamento. Valor da causa superior ao limite legal. Cumulação de pedidos. Proveito econômico estabelecido a partir das provas dos autos. Revisão do julgado. Impossibilidade. Necessidade de reexame dos elementos fáticos. Súmula 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a competência atribuída aos Juizados Especiais Federais é absoluta, consoante o art. 3º, § 3º, da Lei n. 10.259/2001, a ser determinada em conformidade com o valor da causa.

2. No caso, concluiu a Corte regional, a partir dos elementos de prova constantes dos autos, que deve ser reconhecida a competência do Juízo Federal Comum para o processamento da demanda, pois a cumulação dos pedidos formulados na origem atribuiu à causa valor superior ao teto legal fixado para a competência dos Juizados Especiais Federais à época do ajuizamento da ação. Nesse contexto, a inversão do julgado exigiria, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, o que é inviável, na via eleita, nos termos do enunciado sumular n. 7/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.707.486/PB, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Conflito de competência. Lei n. 10.259/001. Juizados cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal. Competência absoluta. Exceção. Anulação de ato administrativo. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Agravo interno contra decisão fundamentada nas Súmulas 83 e 568/STJ (precedente julgado sob o regime da repercussão geral, sob o rito dos recursos repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica sobre o tema). Manifesta improcedência. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Cabimento.

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 Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu que a competência desses Juizados tem natureza absoluta e que, em matéria cível obedece como regra geral a do valor da causa.

III - O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a mencionada regra poderá ser afastada, com base no art. 3º, § 1º, III, da Lei n. 10.259/01, desde que a pretensão inicial vise diretamente à anulação do ato administrativo, o que não é a hipótese dos autos, já que eventual invalidação ocorrerá de maneira reflexa.

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

V - 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.

VI - Considera-se manifestamente improcedente e enseja a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 nos casos em que o Agravo Interno foi interposto contra decisão fundamentada em precedente da 1ª Seção.

VII - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

(AgInt no REsp 1.695.271/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 15/12/2017)

Delineados, pois, os critérios para a apuração do valor da causa nos Juizados Especiais Federais, tanto quanto sua competência absoluta para atuar nas hipóteses em que o postulante circunscreva sua pretensão inicial em montante que não ultrapasse o limite de sessenta salários mínimos, resta indagar sobre a possibilidade, ou não, de a parte autora renunciar a valores excedentes a esse patamar sexagesimal, para poder demandar perante esses mesmos Juizados Especiais Federais, aí incluído o montante das parcelas vincendas, bem assim se tal renúncia deverá ser comunicada expressamente pela parte autora.

A tais questionamentos, relembre-se, a Corte regional de origem (TRF-4) respondeu *afirmativamente* e, ao assim fazer, expressou-se *corretamente*, em que pese à discordância da União.

Sobre a possibilidade de a parte renunciar a direito disponível, de modo a se valer do procedimento célere dos juizados especiais, destaco o posicionamento de GERSON LUIZ ROCHA (Juizados especiais federais cíveis - competência e execução por quantia certa. Curitiba: Juruá, 2012, p. 97):

Sob outro prisma, entretanto, é forçoso reconhecer que, se a causa versa sobre direito disponível, sujeito, portanto, à autocomposição que norteia os Juizados Especiais, a renúncia a esse direito (ou à parte dele) é prerrogativa assegurada nas Leis 9.099/95 (art. 2º) e 10.259/01 (art. 10, parágrafo único), que não pode ser subtraída da parte, que poderá abrir mão de parcela da sua pretensão para valer-se do procedimento mais célere dos juizados. A renúncia, todavia, haverá de se dar de forma expressa, por escrito ou reduzida a escrito, acaso formulada oralmente por ocasião do pedido inicial ou em audiência, pela parte ou por quem tenha poderes expressos para fazê-lo. Nesse sentido: “É que não teria sentido que, pretendendo o autor receber mais rapidamente o seu crédito, não pudesse renunciar ao excedente [...] No entanto, a renúncia só pode ocorrer se for expressa, pois não se admite renúncia tácita no juizado especial [...]”.

Com efeito, a possibilidade de renúncia para adoção do procedimento previsto na Lei 10.259/2001 também encontra conforto na jurisprudência do STJ, conforme se extrai do seguinte e já vetusto julgado:

Processo Civil. Conflito negativo de competência. Juízo Federal Comum e Juizado Especial Federal. Previdenciário. Averbação de tempo de serviço especial cumulada com revisão da renda mensal inicial. Consideração do valor da causa para fixação da competência. Renúncia explícita ao valor que exceder sessenta salários mínimos. Precedentes. Competência do Juizado Especial Federal.

1. O art. 3º, *caput*, da Lei n. 10.259/2001 é explícito ao definir a competência dos juizados especiais federais para toda demanda cujo valor da ação não ultrapasse 60 (sessenta) salários-mínimos.

2. De acordo com § 2º do dispositivo mencionado, quando a demanda tratar de prestações vincendas, o valor de doze prestações não poderá ser superior ao limite fixado no *caput*.

3. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo determina que a competência dos juizados especiais federais é absoluta onde estiver instalado.

4. Se o autor da ação renunciou expressamente o que excede a sessenta salários, competente o Juizado Especial Federal para o feito.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara do Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro, ora suscitante, para julgar a ação.

(CC 86.398/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 13/2/2008, DJ 22/2/2008, p. 161)

Em reforço a essa harmonizada percepção doutrinária e jurisprudencial, vale mencionar que, embora a Lei 10.259/2001 não cuide expressamente da possibilidade de *renúncia inicial* para fins de fixação da competência dos Juizados Especiais Federais, seu § 4º do artigo 17 dispõe que, “se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.”

Ora, se o legislador, na fase de cumprimento da decisão, previu expressamente a possibilidade de renúncia ao crédito excedente para fins de o credor se esquivar do recebimento via precatório, *não* se compreende como razoável vedar-se ao interessado, no ato de ajuizamento da ação, a possibilidade de dispor de valores presumidamente seus, em prol de uma solução mais célere do litígio perante os Juizados Especiais Federais.

Estabelecida essa diretriz (quanto a ser possível a renúncia), a questão remanescente diz com a *porção* do valor da causa a ser considerada para fins de renúncia, no momento do ajuizamento da ação, tendo em mira que a Lei Adjetiva Civil estabelece que, para a composição daquele montante, deverão ser consideradas as prestações vencidas e as vincendas.

Quanto a esse ponto, havendo discussão sobre relação de trato sucessivo nos Juizados Especiais Federais, deve ser observada a conjugada aplicação dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015, quando a definição do valor da causa deverá observar os seguintes vetores: *a)* versando a pretensão apenas sobre prestações vincendas, considerar-se-á a soma de doze delas para a definição da competência (art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001); *b)* quando o pleito englobar prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, somam-se os valores de todas as parcelas vencidas e de uma anuidade das parcelas vincendas (*ex vi* do art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015).

Definidos, pois, os critérios para a apuração do valor da causa, tem-se que *nada obsta* possa a parte autora, em relação a parcelas vencidas ou vincendas, *abrir mão* de montantes que, em perspectiva, superem o limite de sessenta salários mínimos previsto no *caput* do artigo 3º da Lei 10.259/2001, sem que se descortine, nessa deliberação autoral, traço de ofensa ao princípio do juiz natural – ou escolha de juízo, como verbera a União.

Não se deve, ademais, perder de vista que, quando o autor renuncia a certa parcela de seu hipotético direito pessoal, assim o faz com presumido sacrifício pessoal (e aparente vantagem financeira para o devedor público), sendo perceptível que age nos domínios de desenganado interesse *disponível*, buscando liberar-se da obrigação de litigar no espaço da Justiça Federal comum,

já que sua pretensão econômica, suficientemente desidratada, passará a se submeter à competência absoluta do Juizado Especial Federal. Nesse contexto, não pode, respeitosamente, prevalecer entendimento contrário, tal como aquele cristalizado no *Enunciado 17* (aprovado no II FONAJEF, em 2005), segundo o qual “Não cabe renúncia sobre parcelas vincendas para fins de fixação de competência nos Juizados Especiais Federais”.

Em suma, inexistem amarras legais que impeçam o demandante de, assim lhe convindo, reivindicar pretensão financeira a menor, que lhe possibilite enquadrar-se na alçada estabelecida pelo art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001.” (fls. 858/861)

Contudo, na ótica da parte embargante, “*verifica-se omissão sobre aspecto que foi objeto de apreciação por esta E. Corte e cuja referência é essencial a fim de explicitar o que foi efetivamente decidido, tanto para evitar controvérsias posteriores, quanto para prevenir a aplicação da decisão de forma a gerar situações absurdas e injustas – e, portanto, antijurídicas.*” (fls. 867/868)

Quanto ao ponto, vale lembrar que o presente apelo especial foi interposto nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, suscitado por Antônio Carlos de Campos Lemos, objetivando “*seja RECONHECIDO E DECLARADO o direito da parte a renúncia de valores para fins de fixação da competência dos JEF, independente do valor das 12 vincendas. Declarando assim que caso haja renúncia a competência para processamento e julgamento do feito é absoluta do Juizado Especial Federal*” (fl. 12)

Aludido incidente restou acolhido pelo Tribunal de Origem, fixando-se as seguintes teses jurídicas:

a) No âmbito dos Juizados Especiais Federais há duas possibilidades de renúncia: (i) uma inicial, considerando a repercussão econômica da demanda que se inaugura, para efeito de definição da competência; (ii) outra, na fase de cumprimento da decisão condenatória, para que o credor, se assim desejar, receba seu crédito mediante requisição de pequeno valor.

b) Havendo discussão sobre relação de trato sucessivo no âmbito dos Juizados Especiais Federais, devem ser observadas as seguintes diretrizes para a apuração de valor da causa, e, logo, para a definição da competência, inclusive mediante renúncia: (i) quando a causa versar apenas sobre prestações vincendas e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, considera-se para a apuração de seu valor o montante representado por uma anuidade; (ii) quando a causa versar sobre prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, considera-se para a apuração do seu valor o montante representado pela soma das parcelas vencidas com uma anuidade das parcelas vincendas; (iii) obtido o valor da causa nos termos antes especificados,

a renúncia para efeito de opção pelo rito previsto na Lei 10.259/2001 incide sobre o montante total apurado, consideradas, assim, parcelas vencidas e vincendas.

c) Quando da liquidação da condenação, havendo prestações vencidas e vincendas, e tendo o autor renunciado ao excedente a sessenta salários mínimos para litigar nos Juizados Especiais Federais, o montante representado pelo que foi objeto do ato inicial de renúncia (desde o termo inicial das parcelas vencidas até o termo final da anuidade então vincenda) deverá ser apurado considerando-se sessenta salários mínimos vigentes à data do ajuizamento, admitida a partir deste marco, no que toca a este montante, apenas a incidência de juros e atualização monetária. A acumulação de novas parcelas a este montante inicialmente definido somente se dará em relação às prestações que se vencerem a partir de um ano a contar da data do ajuizamento, incidindo juros e atualização monetária a partir dos respectivos vencimentos. A sistemática a ser observada para o pagamento (§ 3º do artigo 17 da Lei 10.259), de todo modo, considerará o valor total do crédito (soma do montante apurado com base na renúncia inicial com o montante apurado com base nas parcelas acumuladas a partir de doze meses contados do ajuizamento).

Por seu turno, o pedido formulado pela União, em seu recurso especial de fls. 389/413, foi direcionado no sentido de que *“o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas fixe, de forma objetiva, que, ‘na definição do valor a ser considerado para deliberação sobre a competência dos Juizados Especiais Federais, o montante representado por eventuais parcelas vincendas deve ser somado ao montante representado pelas parcelas vencidas nos termos da lei processual civil, sendo indevida a renúncia destas ou daquelas, mesmo que em parte, para a fixação da respectiva competência’, por todas as razões acima deduzidas”* (fl. 413).

Foi com base nesse contexto que a Primeira Seção acolheu proposta de afetação da matéria ao rito dos repetitivos, delimitando a controvérsia nos seguintes termos: *“Possibilidade, ou não, à luz do art. 3º da Lei n. 10.259/2001, de a parte renunciar ao valor excedente a sessenta salários mínimos, aí incluídas prestações vincendas, para poder demandar no âmbito dos juizados especiais federais”* (fls. 605).

Sobre o Voto-Vogal proferido pelo Ministro Og Fernandes

Insta acrescentar que, na assentada de julgamento do último dia 28/04/21, quando iniciado o julgamento dos presentes aclaratórios, em voto-vogal então apresentado, o ilustre *Ministro Og Fernandes*, após tecer judiciosas considerações sobre a controvérsia agora erguida pelos *amici curiae* embargantes (impossibilidade de o autor renunciar número superior a doze prestações vincendas), destacou trecho da fundamentação adotada pelo acórdão ora

embargado para, então, concluir que o tema relativo “às prestações vincendas que podem ser objeto de renúncia são as compreendidas em uma anuidade, isto é, doze meses, com base na aplicação conjugada dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015” não poderia ser considerado inovação do julgamento, “tendo sido expressamente acolhido no corpo do voto do relator”.

Para sua Excelência, “aparentemente, a rejeição dos embargos enuncia, no ponto, que não há um limite para a renúncia em relação às parcelas vincendas, o que vai de encontro às razões de decidir e ao exposto teor do próprio voto do e. Relator no acórdão embargado, como visto anteriormente”.

Este relator, no entanto, não comunga dessa mesma percepção.

Pedindo respeitosa licença ao Ministro Og Fernandes e aos doutos Pares que, na assentada anterior, manifestaram compreensão semelhante, tenho que as razões de decidir, como perfiladas no acórdão sob crivo, caminharam na mão oposta à pretensão deduzida pelos ora embargantes, a evidenciar, de pronto, que omissão não houve na definição da possibilidade e da respectiva extensão da renúncia incidente sobre as parcelas vincendas, concluindo o voto-condutor, a exemplo do que já houvera decidido a Corte regional, pela desenganada possibilidade de a parte autora, desejosa de litigar perante o Juizado Especial Federal, exercer renúncia sobre **todo o quantum** concernente às prestações vincendas, de modo a acomodar o valor da causa a sessenta salários mínimos, em compasso com o teto previsto no art. 3º da Lei n. 10.259/01

De fato, como se colhe do aresto embargado, no exato trecho assinalado pelo eminente Ministro Og Fernandes, a referência que nele se fez às doze parcelas vincendas prestou-se, unicamente, a ressaltar que, na perspectiva do art. 3º, § 2º, da Lei n. 10.259/01, dita anuidade, para fins de estabelecimento do valor da causa e ingresso no Juizado Especial Federal, haveria de respeitar o limite previsto no *caput* do mesmo art. 3º, qual seja, de sessenta salários mínimos, dentro de cujas balizas a competência do JEF se qualifica como *absoluta* (cf. § 3º do art. 3º).

Porém, à conta dessas premissas, todas calcadas em texto legal, não se pode acolher o pleito das entidades embargantes, no sentido de que eventual renúncia de valores pela parte autora, em se cuidando de prestações vincendas, restasse também *jungida* ao limite de doze parcelas. Noutros termos, versando a pretensão autoral sobre prestações vincendas (isoladamente ou em conjunto com prestações vencidas), o legislador se utilizou da grandeza “anuidade” para, apenas e tão somente, resguardar a observância do teto legal para o valor da causa (60 sm’s).

Por fim, fazendo coro, aqui, com a pertinente observação lançada pela ilustre Ministra Regina Helena Costa durante os debates na assentada pretérita, também penso *inexistir*, na presente quadra, espaço para se *alterar* os contornos do tema repetitivo originariamente afetado para, *extemporaneamente*, inaugurar-se discussão em torno do número de prestações vincendas passíveis de renúncia pela parte que deseja litigar no JEF.

Em conclusão, não podem ser acolhidos embargos de declaração que, a pretexto de alegada omissão no julgado, traduzem, na verdade, o inconformismo da parte com a decisão tomada, buscando reavivar o que decidido já foi. Nesse panorama, inexistente qualquer vício no acórdão embargado, conforme exige o art. 1.022 do CPC, impõe-se a rejeição do pleito integrativo.

A propósito:

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Prequestionamento. Ocorrência. Omissão sobre a culpabilidade pela demora na citação. Não ocorrência. Efeitos infringentes. Impossibilidade. Embargos parcialmente acolhidos.

1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, art. 1.022). É inadmissível a sua oposição para rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas na decisão embargada, já que não são cabíveis para provocar novo julgamento da lide.

2. No caso, embora afastado o óbice do prequestionamento da matéria, não houve omissão sobre a culpabilidade pela demora na citação, considerada, pelo Tribunal de origem, como não atribuível à parte autora.

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

(EDcl no AgInt no AREsp 1.565.171/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 01/02/2021)

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos de declaração.

É o voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Embargos de Declaração, opostos pela *Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal - CONDSEF* e *Outros*, contra acórdão proferido pela Primeira Seção do STJ, assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial. Controvérsia repetitiva. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas julgado pelo TRF-4. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Juizado Especial Federal. Art. 3º da Lei 10.259/2001. Competência absoluta. Valor da causa. Possibilidade de o demandante renunciar ao montante excedente a sessenta salários mínimos. Renúncia expressa. Recurso da União desprovido.

1. Esta Primeira Seção afetou ao rito dos repetitivos a seguinte discussão: “Possibilidade, ou não, à luz do art. 3º da Lei n. 10.259/2001, de a parte renunciar ao valor excedente a sessenta salários mínimos, aí incluídas prestações vencidas, para poder demandar no âmbito dos juizados especiais federais”.

2. Na origem, decidindo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o TRF-4 concluiu no sentido de ser possível ao demandante renunciar ao excedente do referido valor de alçada.

3. Em seu recurso especial, para além de alegada negativa de prestação jurisdicional, sustenta a União que, sendo absoluta a competência dos Juizados Especiais Federais, não se pode permitir que a parte autora possa renunciar a valores, de modo a escolher o juízo em que deva tramitar sua pretensão, menosprezando o princípio do juiz natural.

4. Não se configura o pretendido maltrato ao art. 1.022 do CPC quando a decisão embargada tenha decidido a controvérsia de modo completo.

5. “Na hipótese de o pedido englobar prestações vencidas e vincendas, há neste Superior Tribunal entendimento segundo o qual incide a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, que interpretado conjuntamente com o mencionado art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001, estabelece a soma da prestações vencidas mais doze parcelas vincendas, para a fixação do conteúdo econômico da demanda e, conseqüentemente, a determinação da competência do juizado especial federal” (CC 91.470/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 13/8/2008, DJe 26/8/2008).

6. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à natureza absoluta da competência atribuída aos Juizados Especiais Federais, a teor do art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001, observando-se, para isso, o valor da causa. Nesse sentido: REsp 1.707.486/PB, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 3/4/2018, DJe 9/4/2018; AgInt no REsp 1.695.271/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 15/12/2017.

7. Como também já deliberado pelo STJ, “Se o autor da ação renunciou expressamente o que excede a sessenta salários, competente o Juizado Especial Federal para o feito” (CC 86.398/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 13/2/2008, DJ 22/2/2008, p. 161).

8. Se o legislador, na fase de cumprimento da decisão, previu expressamente a possibilidade de renúncia ao crédito excedente para fins de o credor se esquivar do recebimento via precatório (art. 17, § 4º, da Lei 10.259/2001), não se

compreende como razoável vedar-se ao interessado, no ato de ajuizamento da ação, a possibilidade de dispor de valores presumidamente seus, em prol de uma solução mais célere do litígio perante os Juizados Especiais Federais.

9. Nesse contexto, não pode, respeitosamente, prevalecer entendimento contrário, tal como aquele cristalizado no Enunciado 17 (aprovado no II FONAJEF, em 2005), segundo o qual “Não cabe renúncia sobre parcelas vincendas para fins de fixação de competência nos Juizados Especiais Federais”.

10. Inexistem, em suma, amarras legais que impeçam o demandante de, assim lhe convindo, reivindicar pretensão financeira a menor, que lhe possibilite enquadrar-se na alçada estabelecida pelo art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001.

11. *Tese Repetitiva*: “Ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001, *aí incluídas, sendo o caso, as prestações vincendas*”.

12. No caso concreto, a pretensão da União vai na contramão do enunciado acima, por isso que seu recurso especial resulta desprovido (fls. 840/842e).

Alega a parte embargante, nos seus Aclaratórios, a fls. 867/874e, a ocorrência de omissão na *tese* firmada pela Primeira Seção, ao argumentar que, “na fixação da *tese*, verifica-se omissão sobre aspecto que foi objeto de apreciação por esta E. Corte e cuja referência é essencial a fim de explicitar o que foi efetivamente decidido, tanto para evitar controvérsias posteriores, quanto para prevenir a aplicação da decisão de forma a gerar situações absurdas e injustas – e, portanto, antijurídicas. É que, no que diz com as parcelas vincendas a serem consideradas para fins de fixação do valor da causa, em relação às quais se admite a renúncia para estabelecimento da competência do Juizado Especial Federal, *trata-se apenas daquelas relativas a uma anuidade*” (fls. 867/868e).

Sustenta que a referida omissão pode acarretar distorções na aplicação da *tese* firmada por esta Corte, em sede de recurso repetitivo, pois, “ao admitir-se que a renúncia que importa o estabelecimento da competência do JEF seria das parcelas vincendas, *de forma ampla – aplicando-se literalmente a tese firmada –*, a consequência seria a negativa do próprio direito à implantação do benefício, permitindo-se que, no âmbito do Juizado Especial, *fosse pleiteado apenas o pagamento das parcelas em atraso e dos valores de benefício mensal vincendos que, somados àquelas, atingissem sessenta salários mínimos*” (fl. 868e).

Assim, concluem os embargantes, “do que foi decidido, portanto, resta claro que a renúncia do valor que excede a sessenta salários mínimos para fins de

fixação da competência do Juizado Especial Federal diz respeito, estritamente, aos valores considerados para fins de apuração do valor da causa, não estando abrangidos os valores não considerados para tal cálculo, ou seja, *os que venham a se vencer após decorrido um ano da propositura da ação. Entretanto, como dito, esse aspecto não constou da tese firmada no presente recurso especial*, caracterizando-se omissão com potencial de gerar futuras controvérsias e interpretações lesivas tanto aos jurisdicionados quanto ao próprio instituto do Juizado Especial e às finalidades para as quais foi criado” (fl. 869e).

Enfatizam, ainda, que “o suprimento da omissão apontada é essencial para que se atinja a finalidade visada pelo legislador ao instituir a sistemática dos recursos repetitivos, qual seja, a de uniformizar o entendimento jurisprudencial e atender à segurança jurídica – *desiderato que só será alcançado com a fixação da tese de modo a abranger todos os aspectos apreciados, evitando futuras controvérsias sobre sua extensão*” (fl. 871e).

Por fim, requer a parte embargante “*o provimento dos embargos declaratórios, a fim de que seja sanada a omissão apontada, fixando-se a seguinte tese repetitiva: É lícito ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível renunciar, de modo expresso e para fins exclusivos de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, aí incluída, sendo o caso, uma anuidade das prestações vincendas. Ocorrendo tal renúncia, a liquidação da condenação abrangerá o montante atribuído como valor da causa, com a incidência de juros e correção monetária desde a propositura da ação, bem como o valor das parcelas vencidas a partir de um ano a contar da data da propositura da demanda, acrescidas de juros e correção monetária a partir dos respectivos vencimentos*” (fls. 871/872e).

Com efeito, na linha da jurisprudência do STJ, “os embargos de declaração constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, *servindo como instrumento de aperfeiçoamento do julgado* (art. 1.022 do CPC/2015)”, sendo que “a rediscussão, via embargos de declaração, de questões de mérito já resolvidas configura pedido de alteração do resultado do *decisum*, traduzindo mero inconformismo com o teor da decisão embargada” (STJ, EDcl no AgInt no MS 22.597/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Primeira Seção, DJe de 29/11/2017).

In casu, trata-se, na origem, de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, suscitado por Antônio Carlos de Campos Lemos, objetivando o

reconhecimento do “direito da parte autora da renúncia excedente a 60 SM para fins de fixação de competência, *independente do valor referente a 12 vencidas*, mesmo que a soma desta ultrapasse o limite de 60 SM” (fl. 5e).

O TRF/4ª Região, ao conhecer do Incidente, delimitou a controvérsia da seguinte maneira: “na definição do valor a ser considerado para deliberação sobre a competência dos Juizados Especiais Federais, inclusive para efeito de renúncia, *algum montante representado por parcelas vencidas deve ser somado ao montante representado pelas parcelas vencidas?*” (fl. 109e).

Percebe-se que, desde o início, a questão delineada no Incidente envolveu os “limites e efeitos da renúncia de valores para fins de fixação da competência dos JEF, *em especial sobre a influência das parcelas vencidas*” (fl. 124e).

O presente Recurso Especial foi interposto pela *União* contra acórdão proferido pelo TRF/4ª Região, em julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que, em face da “*necessidade de se definir o valor da causa para fins de verificação da competência dos Juizados Especiais Federais, considerada inclusive a hipótese de renúncia*”, fixou as seguintes teses:

a) No âmbito dos Juizados Especiais Federais há duas possibilidades de renúncia: (i) uma inicial, considerando a repercussão econômica da demanda que se inaugura, para efeito de definição da competência; (ii) outra, na fase de cumprimento da decisão condenatória, para que o credor, se assim desejar, receba seu crédito mediante requisição de pequeno valor.

b) *Havendo discussão sobre relação de trato sucessivo no âmbito dos Juizados Especiais Federais, devem ser observadas as seguintes diretrizes para a apuração de valor da causa, e, logo, para a definição da competência, inclusive mediante renúncia: (i) quando a causa versar apenas sobre prestações vencidas e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, considera-se para a apuração de seu valor o montante representado por uma anuidade; (ii) quando a causa versar sobre prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, considera-se para a apuração do seu valor o montante representado pela soma das parcelas vencidas com uma anuidade das parcelas vincendas; (iii) obtido o valor da causa nos termos antes especificados, a renúncia para efeito de opção pelo rito previsto na Lei 10.259/2001 incide sobre o montante total apurado, consideradas, assim, parcelas vencidas e vincendas.*

c) Quando da liquidação da condenação, *havendo prestações vencidas e vincendas*, e tendo o autor renunciado ao excedente a sessenta salários mínimos para litigar nos Juizados Especiais Federais, *o montante representado pelo que foi objeto do ato inicial de renúncia (desde o termo inicial das parcelas vencidas até o termo final da anuidade então vincenda)* deverá ser apurado considerando-se sessenta salários mínimos vigentes à data do ajuizamento, admitida a partir deste

marco, no que toca a este montante, apenas a incidência de juros e atualização monetária. *A acumulação de novas parcelas a este montante inicialmente definido somente se dará em relação às prestações que se vencerem a partir de um ano a contar da data do ajuizamento, incidindo juros e atualização monetária a partir dos respectivos vencimentos. A sistemática a ser observada para o pagamento (§ 3º do artigo 17 da Lei 10.259), de todo modo, considerará o valor total do crédito (soma do montante apurado com base na renúncia inicial com o montante apurado com base nas parcelas acumuladas a partir de doze meses contados do ajuizamento) (fls. 293/294e).*

Embora tenha acolhido o Incidente, o Tribunal de origem concluiu, para firmar o entendimento a ser aplicável a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idênticas questões, que, *“obtido o valor da causa nos termos antes especificados, a renúncia para efeito de opção pelo rito previsto na Lei 10.259/2001 incide sobre o montante total apurado, consideradas, assim, parcelas vencidas e vincendas”* (fl. 294e), ou seja, permitiu a renúncia da parte, após a apuração do valor da causa, dos valores que sobejarem a sessenta salários-mínimos, *incluindo aí doze prestações vincendas, se a pretensão, no caso, tiver parcelas ainda a vencer.*

A *União*, em suas razões recursais, defende, em síntese, que, *“ao aceitar a renúncia estaríamos possibilitando que a parte defina qual será o juízo competente”, e, sucessivamente* (fl. 411e), que *“é sabido que em ações de trato sucessivo muitas vezes o valor da condenação é elevado e supera em muito o limite dos Juizados Especiais. Se aceitarmos a renúncia apenas considerando as vencidas e anualidade das vincendas, estaremos fazendo tábula rasa à previsão legal que criou uma ficção jurídica clara e evidente para fixação ou não da competência dos Juizados”* (fls. 389/413e).

Requeru a *União*, assim, expressamente, de maneira sucessiva, que, sendo *“aceita a renúncia, que sejam as partes instadas e renunciarem ao valor que excede de forma total o valor de 60 salários mínimos, consideradas de forma integral as parcelas vincendas, e não apenas uma anualidade”* (fl. 412e).

Na afetação do Recurso Especial como representativo de controvérsia, no STJ, delimitou-se a controvérsia da seguinte maneira: *“Possibilidade, ou não, à luz do art. 3º da Lei n. 10.259/2001, de a parte renunciar ao valor excedente a sessenta salários mínimos, aí incluídas prestações vincendas, para poder demandar no âmbito dos juizados especiais federais”*.

No acórdão ora embargado, o Recurso Especial da *União* foi desprovido. Ao apreciar a questão do valor da causa, para definição da competência dos

Juizados Especiais Federais, a ser considerado também para efeito de renúncia pela parte, o voto condutor assim deduziu, *in verbis*:

Como antecedente para o correto deslinde da questão, impõe-se, em primeiro momento, o enfrentamento do tema relativo à fixação do valor da causa em sede de juizados especiais federais.

A esse respeito, o § 2º do referido art. 3º dispõe que, “quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, *caput*”, omitindo-se o legislador, porém, em disciplinar o valor relativo a parcelas já vencidas, gerando, no ponto, a necessidade de se recorrer aos subsidiários préstimos do Código de Processo Civil, tal como feito pelo acórdão recorrido.

Em decorrência dessa indigitada lacuna normativa, FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO e JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR assinalam a “relevância do tema e a necessidade da fixação adequada do valor da causa, por parte do demandante, ao propor a ação, fazendo-se mister, por conseguinte, a observância das regras definidas no art. 292 do CPC, ou, tendo como critério orientador, o pedido e a causa de pedir, não se admitindo a estipulação aleatória sem a definição de qualquer desses critério fundamentais que, em outros termos, representam, em síntese muito simplificada, o benefício perseguido pela demanda” (Juizados especiais federais cíveis e criminais - comentários à Lei n. 10.259, de 12-7-2001. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 117-8).

Por igual, J.E.CARREIRA ALVIM e LUCIANA GONTIJO CARREIRA ALVIM CABRAL explicam que “o critério de fixação do valor da causa deve ser necessariamente aquele especificado pelos arts. 291 a 293 do novo CPC, por ser o elemento que permite delimitar a competência dos Juizados Especiais Federais e das Varas Federais comuns” (Lei dos juizados especiais federais cíveis comentada. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 32).

Nesse mesmo diapasão, malgrado a redação do aludido e lacunoso preceito legal tenha, de início, suscitado alguma dúvida, a jurisprudência desta Corte, de há muito, posicionou-se no sentido de que, “na hipótese de o pedido englobar prestações vencidas e vincendas, há neste Superior Tribunal entendimento segundo o qual incide a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, que interpretado conjuntamente com o mencionado art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001, estabelece a soma da prestações vencidas mais doze parcelas vincendas, para a fixação do conteúdo econômico da demanda e, conseqüentemente, a determinação da competência do juizado especial federal” (CC 91.470/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 13/8/2008, DJe 26/8/2008).

Nessa mesma linha, confira-se:

(...)

Portanto, na fixação do valor da causa perante os juizados especiais federais, deverão ser observadas, para além do regramento previsto na Lei 10.259/2001 (art. 3º), as disposições contidas no vigente CPC/15, abaixo transcritas:

(...)

É com base, pois, nesse nuclear suposto que a controvérsia admitida por esta Primeira Seção (“possibilidade, ou não, à luz do art. 3º da Lei n. 10.259/2001, de a parte renunciar ao valor excedente a sessenta salários mínimos, aí incluídas prestações vincendas, para poder demandar no âmbito dos juizados especiais federais”) deverá ser enfrentada e solucionada.

A tal desiderato, cabe registrar, mais, que a jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à natureza absoluta da competência atribuída aos Juizados Especiais Federais, a teor do art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001, observando-se, para isso, o valor da causa.

(...)

Delineados, pois, os critérios para a apuração do valor da causa nos Juizados Especiais Federais, tanto quanto sua competência absoluta para atuar nas hipóteses em que o postulante circunscreva sua pretensão inicial em montante que não ultrapasse o limite de sessenta salários mínimos, resta indagar sobre a possibilidade, ou não, de a parte autora renunciar a valores excedentes a esse patamar sexagesimal, para poder demandar perante esses mesmos Juizados Especiais Federais, aí incluído o montante das parcelas vincendas, bem assim se tal renúncia deverá ser comunicada expressamente pela parte autora.

A tais questionamentos, relembre-se, a Corte regional de origem (TRF-4) respondeu afirmativamente e, ao assim fazer, expressou-se corretamente, em que pese à discordância da União.

(...)

Com efeito, a possibilidade de renúncia para adoção do procedimento previsto na Lei 10.259/2001 também encontra conforto na jurisprudência do STJ, conforme se extrai do seguinte e já vetusto julgado:

(...)

Em reforço a essa harmonizada percepção doutrinária e jurisprudencial, vale mencionar que, embora a Lei 10.259/2001 não cuide expressamente da possibilidade de renúncia inicial para fins de fixação da competência dos Juizados Especiais Federais, seu § 4º do artigo 17 dispõe que, “se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista”. *Ora, se o legislador, na fase de cumprimento da decisão, previu expressamente a possibilidade de renúncia ao crédito excedente para fins de o credor se esquivar do recebimento via precatório, não se compreende como razoável vedar-*

se ao interessado, no ato de ajuizamento da ação, a possibilidade de dispor de valores presumidamente seus, em prol de uma solução mais célere do litígio perante os Juizados Especiais Federais.

Estabelecida essa diretriz (quanto a ser possível a renúncia), a questão remanescente diz com a porção do valor da causa a ser considerada para fins de renúncia, no momento do ajuizamento da ação, tendo em mira que a Lei Adjetiva Civil estabelece que, para a composição daquele montante, deverão ser consideradas as prestações vencidas e as vincendas.

Quanto a esse ponto, havendo discussão sobre relação de trato sucessivo nos Juizados Especiais Federais, deve ser observada a conjugada aplicação dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015, quando a definição do valor da causa deverá observar os seguintes vetores: a) versando a pretensão apenas sobre prestações vincendas, considerar-se-á a soma de doze delas para a definição da competência (art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001); b) quando o pleito englobar prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, somam-se os valores de todas as parcelas vencidas e de uma anuidade das parcelas vincendas (ex vi do art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015).

Definidos, pois, os critérios para a apuração do valor da causa, tem-se que nada obsta possa a parte autora, em relação a parcelas vencidas ou vincendas, abrir mão de montantes que, em perspectiva, superem o limite de sessenta salários mínimos previsto no caput do artigo 3º da Lei 10.259/2001, sem que se descortine, nessa deliberação autoral, traço de ofensa ao princípio do juiz natural – ou escolha de juízo, como verbera a União.

Não se deve, ademais, perder de vista que, quando o autor renuncia a certa parcela de seu hipotético direito pessoal, assim o faz com presumido sacrifício pessoal (e aparente vantagem financeira para o devedor público), sendo perceptível que age nos domínios de desenganado interesse disponível, buscando liberar-se da obrigação de litigar no espaço da Justiça Federal comum, já que sua pretensão econômica, suficientemente desidratada, passará a se submeter à competência absoluta do Juizado Especial Federal.

Nesse contexto, não pode, respeitosamente, prevalecer entendimento contrário, tal como aquele cristalizado no Enunciado 17 (aprovado no II FONAJEF, em 2005), segundo o qual “Não cabe renúncia sobre parcelas vincendas para fins de fixação de competência nos Juizados Especiais Federais”.

Em suma, inexistem amarras legais que impeçam o demandante de, assim lhe convindo, reivindicar pretensão financeira a menor, que lhe possibilite enquadrar-se na alçada estabelecida pelo art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001 (fls. 860/861e).

Veja-se que o acórdão embargado consignou, expressamente, a necessidade de apreciação dos critérios acerca do montante das prestações vincendas, para efeito de renúncia da parte interessada e fixação da competência dos Juizados

Especiais Federais, ao afirmar que, “estabelecida essa diretriz (*quanto a ser possível a renúncia*), a questão remanescente diz com a porção do valor da causa a ser considerada para fins de renúncia, no momento do ajuizamento da ação, tendo em mira que a Lei Adjetiva Civil estabelece que, para a composição daquele montante, deverão ser consideradas as prestações vencidas e as vincendas”.

Assim, concluiu o julgado embargado que, “quanto a esse ponto, havendo discussão sobre relação de trato sucessivo nos Juizados Especiais Federais, deve ser observada a conjugada aplicação dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015, quando a definição do valor da causa deverá observar os seguintes vetores: a) versando a pretensão apenas sobre prestações vincendas, considerar-se-á a soma de doze delas para a definição da competência (art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001); b) quando o pleito englobar prestações vencidas e vincendas, e a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, somam-se os valores de todas as parcelas vencidas e de uma anuidade das parcelas vincendas (*ex vi* do art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015)”.

Contudo, não constou da tese fixada por esta Primeira Seção (Tese: “Ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001, *ai incluídas, sendo o caso, as prestações vincendas*”), que se tratava, na verdade, de doze prestações vincendas, nos termos dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015, conforme estabelecido pelo acórdão embargado.

Confira-se, mais uma vez, que, na referida tese, constou que a renúncia dá-se em relação ao montante do valor da causa que exceda a sessenta salários mínimos, *ai incluídas prestações vincendas*. Quantas parcelas vincendas? Todas? Não, apenas doze parcelas vincendas, nos termos dos arts. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001 e 292 do CPC/2015 e como esclarecido, expressamente, no acórdão embargado.

O Ministro *Og Fernandes*, em seu voto vogal, deixa clara a sua preocupação no julgamento dos presentes Aclaratórios, ao afirmar que, “de fato, a tese, da forma como redigida, poderia levar à conclusão equivocada de que a renúncia admissível para fins de fixação da competência do juizado especial federal seria a da totalidade das parcelas vincendas. Tal interpretação, se adotada, poderia gerar prejuízos de monta aos segurados do INSS e outros usuários que busquem no Poder Judiciário a percepção de verbas alimentares essenciais para a sua sobrevivência”.

Do que se depreende, portanto, na hipótese, a parte embargante não se insurge contra o que foi decidido por esta Corte, visando a rediscussão da matéria com a ampliação ou a inovação do tema, mas por não constar na *tese* firmada aspecto relevante, que foi abordado no julgado embargado (e também no acórdão recorrido, proferido em IRDR). Não se alega omissão no acórdão embargado – no qual a matéria foi expressamente apreciada –, mas omissão na tese fixada.

Sendo assim, com vistas ao aperfeiçoamento do julgado, para que retrate ele o que, de fato, foi decidido por este Colegiado, evitando-se interpretações equivocadas – o que parece evidente, mormente ante a discussão ora travada neste Colegiado –, ainda mais por se tratar de recurso repetitivo, tenho que devam ser acolhidos os presentes Embargos de Declaração, para suprir a omissão na tese, sem atribuir-lhes, contudo, quaisquer efeitos infringentes, para que ela retrate exatamente o que o Colegiado deliberou.

Dessa forma, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro *Og Fernandes*, inclusive na redação da *tese* por ele proposta: “Ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os 60 (sessenta) salários mínimos previstos no art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001, **aí incluídas, sendo o caso, até doze prestações vincendas, nos termos do art. 3º, § 2º, da referida Lei, c/c o art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015**” (o trecho em negrito incluído).

Ante o exposto, pedindo vênias ao Relator, Ministro *Sérgio Kukina*, acompanho a divergência e *acolho* os Embargos de Declaração, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada, no que se refere à redação da *tese* firmada no presente recurso repetitivo, quanto às doze prestações vincendas, para que a tese reflita exatamente o que o Colegiado deliberou, notadamente a fls. 860/861e.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.109.354-SP
(2017/0124289-8)**

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Embargante: Rizatti & Cia Ltda

Advogados: Jose Luiz Matthes - SP076544

Fabio Pallaretti Calcini e outro(s) - SP197072

Danilo Marques de Souza - SP273499

Luís Artur Ferreira Pantano - SP250319

Embargado: Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Embargos de divergência. Contribuição ao PIS e COFINS. Revenda de mercadorias. Regime monofásico. Creditamento. Impossibilidade.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

2. No regime monofásico, a carga tributária concentra-se numa única fase, sendo suportada por um único contribuinte, não havendo cumulatividade a se evitar.

3. Na técnica não cumulativa, por sua vez, a carga tributária é diluída em operações sucessivas (plurifasia), sendo suportada por cada elo (contribuinte) da cadeia produtiva, havendo direito a abater o crédito da etapa anterior.

4. “Não há que se falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade quando a tributação se dá de forma monofásica, pois a existência do fenômeno cumulativo pressupõe a sobreposição de incidências tributárias” (STF, RE 762.892 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/03/2015, DJe-070).

5. A regra geral é a de que o abatimento de crédito não se coaduna com o regime monofásico, só sendo excepcionada quando expressamente prevista pelo legislador, não sendo a hipótese dos autos, nos termos do que estabeleceu o item 8 da Exposição de Motivos da MP n. 66/2002, convertida na Lei n. 10.637/2002, que dispôs, de forma clara, que os contribuintes tributados em regime monofásico estariam excluídos da incidência não cumulativa do PIS/PASEP.

6. O benefício fiscal previsto no art. 17 da Lei n. 11.033/2004, em razão da especialidade, não derogou a Lei n. 10.637/2002 e a Lei n. 10.833/2003, bem como não desnaturou a estrutura do sistema de créditos estabelecida pelo legislador para a materialização do princípio da não cumulatividade, quanto à COFINS e à contribuição ao PIS.

7. A técnica da monofasia é utilizada para setores econômicos geradores de expressiva arrecadação, por imperativo de praticabilidade tributária, e objetiva o combate à evasão fiscal, sendo certo que interpretação contrária, a permitir direito ao creditamento, neutralizaria toda a arrecadação dos setores mais fortes da economia.

8. Embargos de divergência desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa (voto-vista), negar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região).

Brasília (DF), 14 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 3.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Rizatti & Cia Ltda.* contra acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte assim ementado (e-STJ fl. 508):

Processual Civil e Tributário. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3 do STJ. PIS e COFINS. Art. 17 da Lei n. 11.033/2004.

Regime monofásico. Creditamento. Impossibilidade. Precedentes. Súmula n. 568 do STJ.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o disposto no art. 17 da Lei 11.033/2004 não possui aplicação restrita ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO (STJ, AgRg no REsp 1.433.246/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 02/04/2014; REsp 1.267.003/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 04/10/2013). Contudo, a incompatibilidade entre a apuração de crédito e a tributação monofásica já constitui fundamento suficiente para o indeferimento da pretensão do recorrente. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.239.794/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/10/2013.

2. É que a incidência monofásica do PIS e da COFINS não se compatibiliza com a técnica do creditamento. Precedentes: AgRg no REsp 1.221.142/PR, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012. DJe 04/02/2013; AgRg no REsp 1.227.544/PR. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/12/2012; AgRg no REsp 1.256.107/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 10/05/2012; AgRg no REsp 1.241.354/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/05/2012.

3. Agravo interno não provido.

A embargante aduz que o aresto recorrido divergiu de julgado da Primeira Turma – AgRg no REsp n. 1.051.634/CE, relatora para acórdão a Ministra Regina Helena Costa. A ementa sintetizou o julgado com o seguinte teor (e-STJ fl. 548):

Processual. Civil. Tributário. Agravo regimental no recurso especial. PIS e COFINS. Tributação pelo sistema monofásico. Aproveitamento de créditos. Possibilidade. Benefício fiscal concedido pela Lei n. 11.033/04, que instituiu o regime do REPORTO. Extensão às empresas não vinculadas a esse regime. Cabimento.

I - O sistema monofásico constitui técnica de incidência única da tributação, com alíquota mais gravosa, desonerando-se as demais fases da cadeia produtiva. Na monofasia, o contribuinte é único e o tributo recolhido, ainda que as operações subsequentes não se consumem, não será devolvido.

II - O benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal (art. 17 da Lei n. 11.033/04).

III - O fato de os demais elos da cadeia produtiva estarem desobrigados do recolhimento, à exceção do produtor ou importador responsáveis pelo recolhimento do tributo a uma alíquota maior, não é óbice para que os contribuintes mantenham os créditos de todas as aquisições por eles efetuadas.

IV - Agravo Regimental provido.

Impugnação apresentada pela Fazenda Nacional em que requer “a inadmissibilidade dos embargos de divergência, de modo a fazer prevalecer o entendimento da Segunda Turma dessa e. Corte, haja vista a impossibilidade de creditamento do PIS/COFINS por parte do distribuidor que revende bem submetido à tributação monofásica” (e-STJ fl. 623).

Parecer do Ministério Público Federal para que prevaleça o entendimento da Segunda Turma do STJ (e-STJ fls. 627/629).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

Considerado isso, importa mencionar que o acórdão embargado, proferido pela Segunda Turma em setembro de 2017, origina-se em mandado de segurança impetrado em 2007, por meio do qual Rizatti e Cia Ltda. pleiteia que se “reconheça a possibilidade de creditamento de Pis e Cofins no caso de venda com alíquota zero - incidência monofásica” (e-STJ fl. 24).

A respeito, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu que “a incidência monofásica das contribuições ao PIS e COFINS incorre na inviabilidade lógica e econômica do reconhecimento de crédito recuperável pelos comerciantes varejistas e atacadistas, pois inexistente cadeia tributária após venda destinada ao consumidor final, razão pela qual o artigo 17 da Lei n. 11.033/04 se afigura incompatível com o regime monofásico” (e-STJ fl. 322).

A Segunda Turma do STJ, por sua vez, manteve essa conclusão ao entendimento de que “a incompatibilidade entre a apuração de crédito e a tributação monofásica já constitui fundamento suficiente para o indeferimento

da pretensão do recorrente” e porque “a incidência monofásica do PIS e da COFINS não se compatibiliza com a técnica do creditamento” (e-STJ fl. 508).

A embargante aponta divergência com o entendimento firmado pela Primeira Turma, no julgamento do RESP 1.051.634/CE, cujo acórdão foi assim ementado:

Processual. Civil. Tributário. Agravo regimental no recurso especial. PIS e COFINS. Tributação pelo sistema monofásico. Aproveitamento de créditos. Possibilidade. Benefício fiscal concedido pela Lei n. 11.033/04, que instituiu o regime do REPORTO. Extensão às empresas não vinculadas a esse regime. Cabimento.

I - O sistema monofásico constitui técnica de incidência única da tributação, com alíquota mais gravosa, desonerando-se as demais fases da cadeia produtiva. Na monofasia, o contribuinte é único e o tributo recolhido, ainda que as operações subsequentes não se consumam, não será devolvido.

II - O benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal (art. 17 da Lei n. 11.033/04).

III - O fato de os demais elos da cadeia produtiva estarem desobrigados do recolhimento, à exceção do produtor ou importador responsáveis pelo recolhimento do tributo a uma alíquota maior, não é óbice para que os contribuintes mantenham os créditos de todas as aquisições por eles efetuadas.

IV - Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp 1.051.634/CE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 27/04/2017)

Portanto, a divergência interna entre as Turmas que compõe a Primeira Seção está devidamente caracterizada.

Pois bem, passemos à análise da legislação pertinente à matéria.

Primeiramente, importa observar que a Constituição Federal conferiu à União competência para instituir contribuições sociais para o custeio da seguridade social e autorizou a definição, por lei, das hipóteses em que elas incidirão uma única vez, bem como dos setores de atividade econômica para os quais as contribuições previstas no art. 195, I, “b”, e IV serão não cumulativas, nos seguintes termos:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[...]

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela EC n. 33, de 2001) (Grifos acrescidos).

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação da EC n. 20, de 1998)

[...]

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela EC n. 20, de 1998)

[...]

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela EC n. 42, de 2003)

[...]

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (Incluído pela EC n. 42, de 2003) (Grifos acrescidos).

Por sua vez, os dispositivos legais que cuidam do tema estão assim dispostos:

Lei n. 10.147/2000:

Art. 1º. A Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições 30.01; 30.03, exceto no código 3003.90.56; 30.04, exceto no código 3004.90.46; e 3303.00 a 33.07, exceto na posição 33.06; nos itens 3002.10.1; 3002.10.2; 3002.10.3; 3002.20.1; 3002.20.2; 3006.30.1 e 3006.30.2; e nos códigos 3002.90.20; 3002.90.92; 3002.90.99; 3005.10.10; 3006.60.00; 3401.11.90, exceto 3401.11.90 Ex 01; 3401.20.10; e 9603.21.00; todos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto no 7.660, de 23 de dezembro de 2011, serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas:

[...]

Art. 2º São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às pessoas jurídicas optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples.

Lei n. 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

[...]

§ 3º. Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

Art. 2º. Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).

§ 1º. Excetua-se do disposto no caput deste artigo a receita bruta auferida pelos produtores ou importadores, que devem aplicar as alíquotas previstas:

[...]

§ 1º-A. Excetua-se do disposto no caput deste artigo a receita bruta auferida pelos produtores, importadores ou distribuidores com a venda de álcool, inclusive para fins carburantes, à qual se aplicam as alíquotas previstas no caput e no § 4º do art. 5º da Lei no 9.718, de 27 de novembro de 1998.

Art. 3º. Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:

- a) no inciso III do § 3º do art. 1º desta Lei; e
- b) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei;

Lei n. 10.637/2002:

Art. 1º. A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

[...]

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

- I - decorrentes de saídas isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;
- II - (*Vetado*)

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

Art. 2º Para determinação do valor da contribuição para o PIS/Pasep aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento).

§ 1º Excetua-se do disposto no caput a receita bruta auferida pelos produtores ou importadores, que devem aplicar as alíquotas previstas: [...]

§ 1º-A. Excetua-se do disposto no caput deste artigo a receita bruta auferida pelos produtores, importadores ou distribuidores com a venda de álcool, inclusive para fins carburantes, à qual se aplicam as alíquotas previstas no caput e no § 4º do art. 5º da Lei no 9.718, de 27 de novembro de 1998.

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:

- a) no inciso III do § 3º do art. 1º desta Lei; e
- b) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei;

Lei n. 11.033/2004:

Art. 14. Serão efetuadas com suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e, quando for o caso, do Imposto de Importação - II, as vendas e as importações de máquinas, equipamentos, peças de reposição e outros bens, no mercado interno, quando adquiridos ou importados diretamente pelos beneficiários do Reporto e destinados ao seu ativo imobilizado para utilização exclusiva na execução de serviços de:

[...]

§ 1º A suspensão do Imposto de Importação e do IPI converte-se em isenção após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da ocorrência do respectivo fato gerador.

§ 2º A suspensão da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS converte-se em operação, inclusive de importação, sujeita a alíquota 0 (zero) após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da ocorrência do respectivo fato gerador.

§ 3º A aplicação dos benefícios fiscais, relativos ao IPI e ao Imposto de Importação, fica condicionada à comprovação, pelo beneficiário, da quitação de tributos e contribuições federais e, no caso do IPI vinculado à importação e do Imposto de Importação, à formalização de termo de responsabilidade em relação ao crédito tributário suspenso.

§ 4º A suspensão do Imposto de Importação somente será aplicada a máquinas, equipamentos e outros bens que não possuam similar nacional.

§ 5º A transferência, a qualquer título, de propriedade dos bens adquiridos no mercado interno ou importados mediante aplicação do REPORTE, dentro do prazo fixado nos §§ 1º e 2º deste artigo, deverá ser precedida de autorização da Secretaria da Receita Federal e do recolhimento dos tributos suspensos, acrescidos de juros e de multa de mora estabelecidos na legislação aplicável.

§ 6º A transferência a que se refere o § 5º deste artigo, previamente autorizada pela Secretaria da Receita Federal, a adquirente também enquadrado no REPORTE será efetivada com dispensa da cobrança dos tributos suspensos desde que, cumulativamente:

I - o adquirente formalize novo termo de responsabilidade a que se refere o § 3º deste artigo;

II - assumo perante a Secretaria da Receita Federal a responsabilidade pelos tributos e contribuições suspensos, desde o momento de ocorrência dos respectivos fatos geradores.

§ 7º O Poder Executivo relacionará as máquinas, equipamentos e bens objetos da suspensão referida no caput deste artigo.

[...]

Art. 15. São beneficiários do Reporto o operador portuário, o concessionário de porto organizado, o arrendatário de instalação portuária de uso público e a empresa autorizada a explorar instalação portuária de uso privativo misto ou exclusivo, inclusive aquelas que operam com embarcações de offshore.

§ 1º Pode ainda ser beneficiário do Reporto o concessionário de transporte ferroviário. (Redação dada pela Lei n. 11.774, de 2008)

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil estabelecerá os requisitos e os procedimentos para habilitação dos beneficiários ao Reporto, bem como para coabilitação dos fabricantes dos bens listados no § 8º do art. 14 desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 12.688, de 2012) (Vigência)

Art. 16. Os beneficiários do Reporto descritos no art. 15 desta Lei ficam acrescidos das empresas de dragagem definidas na Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013 - Lei dos Portos, dos recintos alfandegados de zona secundária e dos centros de formação profissional e treinamento multifuncional de que trata o art. 33 da Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, e poderão efetuar aquisições e importações amparadas pelo Reporto até 31 de dezembro de 2020. (Redação dada pela Lei n. 13.169, de 2015)

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 66, que foi convertida na Lei n. 10.637/2002, ficou estabelecido:

8. Sem prejuízo de convivência harmoniosa com a incidência não cumulativa do Pis/Pasep, foram excluídos do modelo, em vista de suas especificidades, as cooperativas, as empresas optantes pelo Simples ou pelo regime de tributação do lucro presumido, as instituições financeiras e os contribuintes tributados em regime monofásico ou de substituição tributária. (Grifos acrescidos).

Importa mencionar que o regime de arrecadação monofásico (art. 149, § 4º, da CF) caracteriza-se por concentrar a tributação em um único contribuinte (importador/produtor) do ciclo econômico, e as pessoas jurídicas não enquadradas nessa condição submetem-se à alíquota 0 (zero). A majoração da alíquota de incidência una na produção/importação corresponde ao total da carga tributária da cadeia.

Consoante lição de Leandro Paulsen:

Os tributos que recaem sucessivamente nas diversas operações de uma cadeia econômica normalmente estão sob a égide da não cumulatividade, como é o caso do IPI e do ICMS. Mas o legislador, por vezes, concentra a incidência do tributo em uma única fase, normalmente no início ou no fim da cadeia, aplicando-lhe uma alíquota diferenciada, mais elevada, e afasta a incidência nas operações posteriores, instituindo com isso, uma tributação monofásica, ou seja, em uma única fase da cadeia econômica. No regime monofásico, portanto, a tributação fica "limitada a uma única oportunidade, em um só ponto do processo de produção e distribuição".

(PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 6ª ed., rev., atual. e completa. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 137. No original, o trecho entre aspas tem a seguinte nota de rodapé: “SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 376/377”).

Por seu turno, o princípio constitucional da não cumulatividade dos tributos, no início somente aplicado ao IPI (art. 153, § 3º, II) e ao ICMS (art. 155, § 2º, I), traduz-se na possibilidade de compensar o que é devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.

Como é sabido, a não cumulatividade visa impedir o efeito cascata nas hipóteses de tributação plurifásica, evitando-se que a base de cálculo do tributo de cada etapa seja composta pelos tributos pagos nas operações anteriores (“imposto sobre imposto”). Nessa hipótese, a incidência tributária é plúrima e, no caso do PIS e da Cofins, há direito de crédito da exação paga na operação anterior. Ou seja, no tocante à não cumulatividade, é oportuno destacar que o direito ao crédito tem por objetivo evitar a sobreposição das hipóteses de incidência, de modo que, não havendo incidência de tributo na operação anterior, nada há para ser creditado posteriormente.

Na obra intitulada *A não-cumulatividade dos tributos*, André Mendes Moreira explica o seguinte:

A não-cumulatividade foi criada para atuar nos impostos plurifásicos, Dessarte, pode-se afirmar que a plurifasia é imprescindível para a sua existência. Deve haver um número mínimo de operações encadeadas que permita a incidência do gravame e a atuação do mecanismo de abatimento do ônus fiscal. Outrossim, o tributo deve efetivamente incidir sobre mais de um estágio do processo produtivo. [...]

A antítese da plurifasia é a monofasia. Nesta o tributo é cobrado em uma só etapa do processo produtivo. [...].

(A não-cumulatividade dos tributos. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Noeses. 2012, pp. 98-99).

Portanto, no regime monofásico, a carga tributária concentra-se numa única fase, sendo suportada por um único contribuinte, não havendo cumulatividade a se evitar. Na técnica não cumulativa, por sua vez, a carga tributária é diluída em operações sucessivas (plurifasia), sendo suportada por cada elo (contribuinte) da cadeia produtiva, havendo direito a abater o crédito da etapa anterior.

Nesse sentido, a título ilustrativo, julgados do STF:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. PIS e COFINS. Regime não cumulativo. Tributação monofásica. Revenda com alíquota zero. Creditamento. A cumulatividade pressupõe a sobreposição de incidências tributárias. Leis n. 10.637/2002, 10.833/2003 e 11.033/2004. Interpretação de normas infraconstitucionais. Ofensa reflexa à Constituição Federal.

1. *Não há que se falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade quando a tributação se dá de forma monofásica, pois a existência do fenômeno cumulativo pressupõe a sobreposição de incidências tributárias. Precedente: RE 258.470, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ de 12/5/2000.*

2. O aproveitamento de créditos relativos à revenda de veículos e autopeças adquiridos com a incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS sob o regime monofásico encerra discussão de índole infraconstitucional, de forma que eventual ofensa à Constituição seria meramente reflexa. Precedentes: RE 709.352-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 11/6/2014; e RE 738.521-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 4/12/2013.

3. *In casu*, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou: "Tributário. PIS e COFINS. Não-cumulatividade. Comercialização de veículos novos. Sistema monofásico. Princípio da legalidade. Leis 10.637/02, 10.833/03 e 11.033/04. Apelação improvida."

4. Agravo regimental *desprovido*.

(RE 762.892 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/03/2015, Acórdão Eletrônico DJe-070 divulg 14-04-2015 public 15-04-2015). (Grifos acrescidos).

Recurso extraordinário. Repercussão geral.

2. Tributário. Aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

3. Creditamento de IPI. Impossibilidade.

4. *Os princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição Federal, não asseguram direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Precedentes.*

5. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência.

(RE 398.365 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/08/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-188 divulg 21-09-2015 public 22-09-2015). (Grifos acrescidos).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPI. Importação. Contribuinte não habitual. Pessoa natural e jurídica. Operação monofásica. Não cumulatividade. Inaplicabilidade.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu que incide o IPI na importação de bens para uso próprio, sendo neutro o fato de tratar-se de pessoa natural ou jurídica que se encontre na condição de contribuinte não habitual do imposto.

2. *A sistemática da não cumulatividade pressupõe a existência de operações sequenciais passíveis de tributação, o que não ocorre na importação de produto industrializado em que a operação é única.*

3. Agravo regimental não provido. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem.

(RE 748.710 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, Processo Eletrônico DJe-265 divulg 22-11-2017 public 23-11-2017). (Grifos acrescentados).

Por outro lado, algumas vezes, por opção política, o legislador pode optar pela geração ficta de crédito, por exemplo, forma de incentivo a determinados segmentos da economia, como fez o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 para os beneficiários do regime tributário especial denominado REPORTO, caso que não se confunde com os créditos próprios do regime não cumulativo.

A respeito dos mais diversos benefícios fiscais, a Constituição Federal, no art. 150, § 6º, estabelece que “qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g”.

Ante o cenário normativo vigente, percebe-se que um benefício fiscal estruturado e instituído para um determinado fim ou destinado a contemplar uma parcela específica de contribuintes não pode ser estendido a hipótese diversa daquela estabelecida pelo Poder Legislativo, ressalvada a posterior opção legislativa pela ampliação do seu alcance.

De fato, “o Poder Judiciário não pode atuar na condição de legislador positivo, para, com base no princípio da isonomia, desconsiderar os limites objetivos e subjetivos estabelecidos na concessão de benefício fiscal, de sorte a alcançar contribuinte não contemplado na legislação aplicável, ou criar situação mais favorável ao contribuinte, a partir da combinação – legalmente não permitida – de normas infraconstitucionais” (ARE 710.026 ED, Rel. Min. Luiz

Fux, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, Processo Eletrônico DJe-075 divulg 22-04-2015 public 23-04-2015).

Em meu entender, na hipótese dos autos, em interpretação histórica dos dispositivos que cuidam da matéria em debate, bem como da leitura do item 8 da Exposição de motivos da MP n. 66/2002, convertida na Lei n. 10.637/2002, ficou estabelecido que os contribuintes tributados em regime monofásico estavam excluídos da incidência não cumulativa, conforme já dito alhures.

À luz dessas premissas, a jurisprudência deste Tribunal Superior, em um primeiro momento, entendeu que o benefício instituído pelo artigo 17 da Lei n. 11.033/2004 somente se aplicaria aos contribuintes integrantes do regime específico de tributação denominado REPORTO e não alcançaria o sistema não cumulativo desenhado para a COFINS e a Contribuição ao PIS.

Confirmam-se, por exemplo:

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. PIS. COFINS. Incidência monofásica. Creditamento. Impossibilidade de aplicação às empresas inseridas no regime específico de tributação denominado REPORTO. Agravo não provido.

1. *“Ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte Superior firmaram entendimento no sentido de que a incidência monofásica, em princípio, não se compatibiliza com a técnica do creditamento; assim como o benefício instituído pelo artigo 17 da Lei n. 11.033/2004 somente se aplica aos contribuintes integrantes do regime específico de tributação denominado Reporto”* (REsp 1.217.828/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/4/11).

2. Agravo não provido.

(AgRg no REsp 1.292.146/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 20/09/2012) (Grifos acrescidos).

Tributário. Processo Civil. PIS. COFINS. Incidência monofásica. Creditamento. Impossibilidade. Legalidade. Interpretação literal. Isonomia. Prestação jurisdicional suficiente. Nulidade. Inexistência.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A Constituição Federal remeteu à lei a disciplina da não-cumulatividade das contribuições do PIS e da COFINS, nos termos do art. 195, § 12, da CF/88.

3. *A incidência monofásica, em princípio, é incompatível com a técnica do creditamento, cuja razão é evitar a incidência em cascata do tributo ou a cumulatividade tributária.*

4. Para a criação e extensão de benefício fiscal o sistema normativo exige lei específica (cf. art. 150, § 6º, da CF/88) e veda interpretação extensiva (cf. art. 111 do CTN), de modo que benefício concedido aos contribuintes integrantes de regime especial de tributação (REPORTO) não se estende aos demais contribuintes do PIS e da COFINS sem lei que autorize.

5. A concessão de benefício fiscal por interpretação normativa, além de ofender a Súmula 339/STF, implica em violação ao princípio da isonomia, posto que os contribuintes sujeitos ao regime monofásico não se submetem à mesma carga tributária que os contribuintes sujeitos ao regime de incidência plurifásica.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.140.723/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010) (Grifos acrescidos).

Contudo, esse entendimento (na parte referente à extensão da Lei do REPORTO), foi superado por ambos os órgãos fracionários que compõem a Primeira Seção do STJ, tendo sido decidido que o benefício fiscal previsto no art. 17 da Lei n. 11.033/2004 deveria ser estendido a outras pessoas jurídicas além daquelas definidas na referida lei.

Ocorre que, no que concerne à incompatibilidade do creditamento da contribuição ao PIS e da COFINS quando a tributação se desse pelo regime monofásico (hipótese dos autos), não houve alteração de entendimento da Segunda Turma do STJ, que continuou decidindo reiteradamente pela sua impossibilidade.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973 não configurada. PIS e COFINS. Regime da não cumulatividade. Tributação monofásica. Ausência de direito a crédito pelo sujeito integrante do ciclo econômico que não sofre a incidência do tributo.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

2. Apesar de a norma contida no art. 17 da Lei 11.033/2004 não possuir aplicação restrita ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas ao pagamento das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS em Regime Especial de Tributação Monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do Regime de Incidência Não Cumulativo, conforme os artigos 2º, § 1º, e incisos; e 3º, I, "b", da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003.

3. Com efeito, não se lhes aplica, por incompatibilidade de regimes e por especialidade de suas normas, o disposto nos artigos 17 da Lei 11.033/2004 e 16 da Lei 11.116/2005, cujo âmbito de incidência se restringe ao Regime Não Cumulativo, salvo determinação legal expressa.

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1.653.027/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 22/05/2019)

Agravo interno em recurso especial. Recurso interposto na vigência do CPC/2015. Enunciado Administrativo n. 3. Tributário. PIS/PASEP e COFINS. Creditamento. Art. 17 da Lei 11.033/2004, c/c art. 16, da Lei n. 11.116/2005. Revenda de autopeças. Regime de incidência monofásica das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Regime especial em relação ao regime de incidência não-cumulativo. Impossibilidade de creditamento.

1. Consoante os precedentes desta Segunda Turma de Direito Tributário do Superior Tribunal de Justiça, as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas ao pagamento das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS em Regime Especial de Tributação Monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do Regime de Incidência Não-Cumulativo, a teor dos artigos 2º, § 1º, e incisos; e 3º, I, "b" da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Desse modo, não se lhes aplicam, por incompatibilidade de regimes e por especialidade de suas normas, o disposto nos artigos 17, da Lei n. 11.033/2004, e 16, da Lei n. 11.116/2005, cujo âmbito de incidência se restringe ao Regime Não-Cumulativo, salvo determinação legal expressa. [...]

2. Indiferentes se tornam as alterações efetuadas no art. 8º VII "a" da Lei n. 10.637/2002 e art. 10, VII "a" da Lei n. 10.833/2003 pelo art. 42, III, "c" e "d", da Lei n. 11.727/2008, e pelo art. 21 da Lei n. 10.865/2004 no art. 1º, § 3º, IV, da Lei n. 10.833/2003 e pelo art. 37 da Lei n. 10.865/2004 no art. 1º, § 3º, IV, da Lei n. 10.637/2002, pois a incompatibilidade é dos próprios regimes de tributação.

3. Incompatibilidade que se restringe às mercadorias e produtos sujeitos à tributação monofásica, não alcançando as atividades empresariais como um todo.

4. A vedação ao referido creditamento estava originalmente no art. 3º, I, da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003, em suas redações originais. Depois, com o advento da Lei n. 10.865/2004, a vedação migrou para o art. 3º, I, "a" e "b", da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Posteriormente, sobreveio a Lei n. 11.787/2008 que reforçou a vedação com a alteração do art. 3º, I, "b", da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Tivesse havido derrogação da vedação pelo art. 17 da Lei n. 11.033/2004, esta não sobreviveria ao regramento realizado pela lei posterior que reafirmou a vedação (Lei n. 11.787/2008) e que não foi declarada inconstitucional.

5. Agravo regimental não provido.

(AgInt no REsp 1.772.957/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019)

Portanto, do que foi exposto, chega-se a duas conclusões: a) a Primeira Seção desta Corte decidiu que o benefício fiscal previsto no art. 17 da Lei 11.033/2004 não tem aplicação restrita ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO; e b) inexistiu, por parte da Segunda Turma, modificação de entendimento quanto à incompatibilidade da incidência monofásica do PIS e da COFINS com a técnica do creditamento.

Ocorre que a Primeira Turma, no ano de 2017, alterou seu posicionamento (quanto à possibilidade de creditamento na monofasia), para entender que “o benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal”. Nesse julgado, considerou-se que tal benefício era extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO e que o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 teria derogado, tacitamente, a Lei n. 10.637/2002 e a Lei n. 10.833/2003, porque teria regulado inteiramente a matéria tratada nos arts. 3º dessas leis.

Esse entendimento foi firmado, por maioria, no julgamento do REsp 1.051.634/CE, no qual o Órgão colegiado aderiu à proposta da eminente Min. Regina Helena, tendo sido feita a anotação pela relatora, em seu voto, de que “a 2ª Turma desta Corte, quanto a esse ponto específico, já se pronunciou no sentido da necessidade de revisão da jurisprudência para definir que o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 tem aplicação fora do regime de REPORTO, podendo, em tese, alcançar qualquer contribuinte”.

Desde então, devo registrar, tenho saído vencido nos julgamentos da Primeira Turma (v.g.: AgInt no REsp 1.787.364/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 28/05/2019; REsp 1.434.824/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019).

Portanto, a meu juízo, a regra geral é a de que o abatimento de crédito não se coaduna com o regime monofásico. Quando a quis excepcionar, o legislador ordinário o fez expressamente.

Atento ao que determinam o art. 150, § 6º, da CF/88 e o art. 2º do Decreto-Lei n. 4.657/1942, comungo do entendimento da Segunda Turma desta Corte Superior, segundo o qual o benefício fiscal do art. 17 da Lei n. 11.033/2004, em razão da especialidade, não derogou a Lei n. 10.637/2002 e a Lei n. 10.833/2003, bem como não desnaturou a estrutura do sistema de créditos estabelecida pelo legislador para a observância do princípio da não cumulatividade.

Ao concluir as minhas considerações, pondero que, se tal técnica é utilizada para setores econômicos geradores de expressiva arrecadação, por imperativo de praticabilidade tributária, e objetiva o combate à evasão fiscal, foge, com todo o respeito, da razoabilidade uma interpretação que venha a admitir a possibilidade de creditamento do tributo que termine por neutralizar toda a arrecadação exatamente dos setores mais fortes da economia.

Ante o exposto, *nego provimento* aos embargos de divergência.

É como voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Como anotado pelo Relator, Ministro *Gurgel de Faria*, trata-se de Embargos de Divergência, opostos por *Rizatti e Cia Ltda*, em face de acórdão prolatado pela Segunda Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro *Mauro Campbell Marques*, assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo 3 do STJ. PIS e COFINS. Art. 17 da Lei 11.033/2004. Regime monofásico. Creditamento. Impossibilidade. Precedentes. Súmula 568 do STJ.

1. Nos termos da jurisprudência esta Corte, o disposto no art. 17 da Lei 11.033/2004 não possui aplicação restrita ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - *REPORTO* (STJ, AgRg no REsp 1.433.246/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 02/04/2014; REsp 1.267.003/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 04/10/2013). Contudo, a incompatibilidade entre a apuração de crédito e a tributação monofásica já constitui fundamento suficiente para o indeferimento da pretensão do recorrente. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.239.794/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/10/2013.

2. *É que a incidência monofásica do PIS e da COFINS não se compatibiliza com a técnica do creditamento. Precedentes: AgRg no REsp 1.221.142/PR, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012. DJe 04/02/2013; AgRg no REsp 1.227.544/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/12/2012; AgRg no REsp 1.256.107/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 10/05/2012; AgRg no REsp 1.241.354/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/05/2012.*

3. Agravo interno não provido (fl. 508e).

Nos Embargos de Divergência a embargante apontou divergência com o acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ, no AgRg no REsp 1.051.634/CE (Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Rel. p/ acórdão Ministra *Regina Helena Costa*, DJe de 27/04/2017), assim ementado:

Processual. Civil. Tributário. Agravo regimental no recurso especial. PIS e COFINS. Tributação pelo sistema monofásico. Aproveitamento de créditos. Possibilidade. Benefício fiscal concedido pela Lei 11.033/04, que instituiu o regime do REPORTO. Extensão às empresas não vinculadas a esse regime. Cabimento.

I - O sistema monofásico constitui técnica de incidência única da tributação, com alíquota mais gravosa, desonerando-se as demais fases da cadeia produtiva. Na monofasia, o contribuinte é único e o tributo recolhido, ainda que as operações subsequentes não se consumem, não será devolvido.

II - O benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal (art. 17 da Lei 11.033/04).

III - O fato de os demais elos da cadeia produtiva estarem desobrigados do recolhimento, à exceção do produtor ou importador responsáveis pelo recolhimento do tributo a uma alíquota maior, não é óbice para que os contribuintes mantenham os créditos de todas as aquisições por eles efetuadas.

IV - Agravo Regimental provido (fl. 548e).

Iniciado o julgamento do feito, o Relator, Ministro *Gurgel de Faria*, votou pelo desprovimento dos Embargos de Divergência, ao entendimento de que “a regra geral é a de que o abatimento de crédito não se coaduna com o regime monofásico, só sendo excepcionada quando expressamente prevista pelo legislador, não sendo a hipótese dos autos (...) o benefício fiscal previsto no art. 17 da Lei 11.033/2004, em razão da especialidade, não derogou a

Lei 10.637/2002 e a Lei 10.833/2003, bem como não desnaturou a estrutura do sistema de créditos estabelecida pelo legislador para a materialização do princípio da não cumulatividade, quanto à COFINS e à contribuição ao PIS”, nos termos da ementa por ele proposta:

Tributário. Embargos de divergência. *Contribuição ao PIS e COFINS. Revenda de mercadorias. Regime monofásico. Creditamento. Impossibilidade.*

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado 3 do Plenário do STJ).

2. *No regime monofásico, a carga tributária concentra-se numa única fase, sendo suportada por um único contribuinte, não havendo cumulatividade a se evitar.*

3. *Na técnica não cumulativa, por sua vez, a carga tributária é diluída em operações sucessivas (plurifasia), sendo suportada por cada elo (contribuinte) da cadeia produtiva, havendo direito a abater o crédito da etapa anterior.*

4. *“Não há que se falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade quando a tributação se dá de forma monofásica, pois a existência do fenômeno cumulativo pressupõe a sobreposição de incidências tributárias” (STF, RE 762.892 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/03/2015, DJe-070).*

5. *A regra geral é a de que o abatimento de crédito não se coaduna com o regime monofásico, só sendo excepcionada quando expressamente prevista pelo legislador, não sendo a hipótese dos autos, nos termos do que estabeleceu o item 8 da Exposição de Motivos da MP 66/2002, convertida na Lei 10.637/2002, que dispôs, de forma clara, que os contribuintes tributados em regime monofásico estariam excluídos da incidência não cumulativa do PIS/PASEP.*

6. *O benefício fiscal previsto no art. 17 da Lei 11.033/2004, em razão da especialidade, não derogou a Lei 10.637/2002 e a Lei 10.833/2003, bem como não desnaturou a estrutura do sistema de créditos estabelecida pelo legislador para a materialização do princípio da não cumulatividade, quanto à COFINS e à contribuição ao PIS.*

7. *A técnica da monofasia é utilizada para setores econômicos geradores de expressiva arrecadação, por imperativo de praticabilidade tributária, e objetiva o combate à evasão fiscal, sendo certo que interpretação contrária, a permitir direito ao creditamento, neutralizaria toda a arrecadação dos setores mais fortes da economia.*

8. Embargos de divergência desprovidos.

Inaugurando a divergência, o Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho* votou pelo provimento dos Embargos de Divergência, para viabilizar o pretendido creditamento, ao entendimento de que “a manutenção dos créditos de PIS/COFINS prevista no art. 17 da Lei 11.033/2004 aplica-se a todas as pessoas

jurídicas, independente de elas estarem ou não submetidas ao regime tributário do REPORTE e *ao sistema monofásico de recolhimento dessas contribuições*". A Ministra *Regina Helena Costa* proferiu voto-vista, também divergindo do Relator.

Peço vênia à divergência, para acompanhar o Relator.

É entendimento pacífico da Segunda Turma do STJ que "inexiste direito a creditamento, por aplicação do princípio da não cumulatividade, na hipótese de incidência monofásica do PIS e da Cofins, porquanto inóceno, nesse caso, o pressuposto lógico da cumulação" (AREsp 1.530.466/RO, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe 18/11/2019).

Ainda nesse sentido:

Tributário. Agravo interno no recurso especial. *PIS/COFINS. Regime especial de tributação monofásica*. Decisão agravada em conformidade com a jurisprudência da Turma.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento de que as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas ao pagamento das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS em regime especial de tributação monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do regime de incidência não cumulativo.

2. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no REsp 1.743.909/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 22/10/2019).

Tributário. Recurso especial. *PIS e COFINS. Art. 17 da Lei 11.033/2004. Regime monofásico. Creditamento. Impossibilidade*.

1. O Tribunal *a quo*, ao analisar a controvérsia, consignou: "Posteriormente, a Segunda Turma, ao julgar o REsp 1.267.003/RS, decidiu rever sua orientação quanto ao segundo fundamento, passando a entender que o art. 17 da Lei 11.033/04 não teria aplicação exclusiva ao Regime Tributário para o Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTE. Nesse mesmo precedente, compreendeu-se, também, não ser possível o aproveitamento de créditos pela incompatibilidade de regimes - a tributação monofásica, com alíquota concentrada na atividade de venda, não permite o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do Regime de Incidência Não-Cumulativo - e pela especialidade de normas, haja vista que a inserção em Regime Especial de Tributação Monofásica afasta a aplicação da regra geral do art. 17 da Lei 11.033/2004 e do art. 16 da Lei 11.116/2005, e por especialidade, chama a incidência do art. 3º, I, 'b' da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que vedam o creditamento.

(...) Feitas essas considerações, filio-me ao entendimento de que a técnica do creditamento é incompatível com a incidência monofásica do tributo porque não há cumulatividade. Inaplicável, portanto, à impetrante, por incompatibilidade de regimes e por especialidade de suas normas, o disposto nos artigos 17, da Lei 11.033/2004, e 16, da Lei 11.116/2005, cujo âmbito de incidência se restringe ao regime não-cumulativo.”

2. O entendimento alhures encontra-se pacificado na jurisprudência da Segunda Turma do STJ, segundo o qual o regime de tributação monofásica é incompatível com o direito ao creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS.

3. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 1.806.338/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 11/10/2019).

Agravo interno em recurso especial. Recurso interposto na vigência do CPC/2015. Enunciado Administrativo 3. Tributário. PIS/PASEP e COFINS. Creditamento. Art. 17 da Lei 11.033/2004, c/c art. 16, da Lei 11.116/2005. Revenda de autopeças. Regime de incidência monofásica das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Regime especial em relação ao regime de incidência não-cumulativo. Impossibilidade de creditamento.

1. Consoante os precedentes desta Segunda Turma de Direito Tributário do Superior Tribunal de Justiça, as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas ao pagamento das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS em Regime Especial de Tributação Monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do Regime de Incidência Não-Cumulativo, a teor dos artigos 2º, § 1º, e incisos; e 3º, I, 'b' da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003. Desse modo, não se lhes aplicam, por incompatibilidade de regimes e por especialidade de suas normas, o disposto nos artigos 17, da Lei 11.033/2004, e 16, da Lei 11.116/2005, cujo âmbito de incidência se restringe ao Regime Não-Cumulativo, salvo determinação legal expressa. Precedentes: REsp 1.267.003-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; AgRg no REsp 1.239.794-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 17.09.2013.

2. Indiferentes se tornam as alterações efetuadas no art. 8º VII 'a' da Lei 10.637/2002 e art. 10, VII 'a' da Lei 10.833/2003 pelo art. 42, III, 'c' e 'd'; da Lei 11.727/2008, e pelo art. 21, da Lei 10.865/2004 no art. 1º, § 3º, IV, da Lei 10.833/2003 e pelo art. 37 da Lei 10.865/2004 no art. 1º, § 3º, IV, da Lei 10.637/2002, pois a incompatibilidade é dos próprios regimes de tributação.

3. Incompatibilidade que se restringe às mercadorias e produtos sujeitos à tributação monofásica, não alcançando as atividades empresariais como um todo.

4. A vedação ao referido creditamento estava originalmente no art. 3º, I, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, em suas redações originais. Depois, com o advento da Lei 10.865/2004, a vedação migrou para o art. 3º, I, 'a' e 'b', da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003. Posteriormente, sobreveio a Lei 11.787/2008 que reforçou a vedação

com a alteração do art. 3º, I, 'b', da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003. Tivesse havido derrogação da vedação pelo art. 17, da Lei 11.033/2004, esta não sobreviveria ao regramento realizado pela lei posterior que reafirmou a vedação (Lei 11.787/2008) e que não foi declarada inconstitucional.

5. Agravo regimental não provido (STJ, AgInt no REsp 1.772.957/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14/05/2019).

Tributário. Crédito tributário. PIS/COFINS. REPORTO. Regime especial não cumulativo. Acórdão em consonância com a jurisprudência desta Corte.

I - *Muito embora o Superior Tribunal de Justiça possua jurisprudência no sentido de que o aproveitamento de créditos relativos ao PIS e a COFINS, conforme disposição do art. 17 da Lei 11.033/2004, não é de exclusividade dos contribuintes beneficiários do Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária (REPORTO), verifica-se, a despeito de tal entendimento, que as receitas sujeitas ao pagamento de PIS e COFINS, em regime especial de tributação monofásica, não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do regime de incidência não cumulativo.* Neste sentido: Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 10/5/2016, DJe de 17/5/2016; REsp 1.440.298/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014.

II - Agravo interno improvido (STJ, AgInt no AREsp 1.218.476/MA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 28/05/2018).

Cito, por fim, acórdão de minha relatoria, recentemente publicado, no qual a Segunda Turma reafirmou a ótica ora esposada:

Tributário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inexistência de vícios, no acórdão recorrido. Inconformismo. Dispositivo legal tido como contrariado que, ademais, não possui comando normativo suficiente para infirmar o fundamento do acórdão recorrido, alusivo à competência para prestar informações, em mandado de segurança. PIS e COFINS. Art. 17 da Lei 11.033/2004. Tributação monofásica. Creditamento. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. *Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, objetivando o reconhecimento do direito ao creditamento de PIS e COFINS sobre as aquisições realizadas, relativamente às mercadorias sujeitas ao regime monofásico de tributação.* O Tribunal de origem manteve a sentença denegatória da segurança.

III. Não há falar, na hipótese, em violação do art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente

e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. A parte ora agravante, em vez de indicar eventual contrariedade a dispositivo de lei federal, a proibir a delegação de competência para prestação de informações, optou por indicar, como supostamente contrariados, os arts. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, e 10, § 1º, da Medida Provisória 2.200-2/2001, que não possuem comando normativo suficiente para infirmar o fundamento do acórdão recorrido, alusivo a possibilidade de a autoridade coatora delegar a prestação de informações à autoridade administrativa a ela subordinada. Nesse contexto, incide, na espécie, por analogia, a Súmula 284 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”).

V. *É entendimento pacífico da Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça que “inexiste direito a creditamento, por aplicação do princípio da não cumulatividade, na hipótese de incidência monofásica do PIS e da Cofins, porquanto inócua, nesse caso, o pressuposto lógico da cumulação” (AREsp 1.530.466/RO, Rel. Ministro **Herman Benjamin**, DJe 18/11/2019). Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.743.909/RJ, Rel. Ministro **Og Fernandes, Segunda Turma**, DJe de 22/10/2019; AgInt no REsp 1.772.957/PR, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques, Segunda Turma**, DJe de 14/05/2019; AgInt no AREsp 1.218.476/MA, Rel. Ministro **Francisco Falcão, Segunda Turma**, DJe de 28/05/2018.*

VI. Em regra, a vedação ao creditamento diz respeito aos produtos inseridos no regime monofásico. Nada impede o creditamento, em relação a outros custos, despesas e encargos vinculados às receitas com a venda desses produtos. No entanto, nos períodos entre 1º de maio de 2008 e 23 de junho de 2008 e entre 1º de abril de 2009 e 4 de junho de 2009, as Medidas Provisórias 413/2008 e 451/2008 vedaram até mesmo o creditamento em relação a outros custos, despesas e encargos. A ressalva do art. 1º, § 2º, do Ato Declaratório Interpretativo RFB 4/2016 não pode ser interpretada como se autorizasse o creditamento, de forma ampla, fora daqueles períodos.

VII. Agravo interno improvido (STJ, AgInt no AREsp 1.542.750/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 02/03/2020).

Ante todo o exposto, com renovada vênua à divergência, acompanho o Relator, para negar provimento aos Embargos de Divergência.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Solicitei vista antecipada dos autos para examiná-los com maior detença.

A Rizatti & Cia Ltda. interpôs Embargos de Divergência contra acórdão proferido pela 2ª Turma desta Corte assim ementado (fl. 508e):

Processual Civil e Tributário. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3 do STJ. PIS e COFINS. Art. 17 da Lei n. 11.033/2004. Regime monofásico. Creditamento. Impossibilidade. Precedentes. Súmula n. 568 do STJ.

1. Nos termos da jurisprudência esta Corte, o disposto no art. 17 da Lei 11.033/2004 não possui aplicação restrita ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO (STJ, AgRg no REsp 1.433.246/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 02/04/2014; REsp 1.267.003/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 04/10/2013). Contudo, a incompatibilidade entre a apuração de crédito e a tributação monofásica já constitui fundamento suficiente para o indeferimento da pretensão do recorrente. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.239.794/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/10/2013.

2. É que a incidência monofásica do PIS e da COFINS não se compatibiliza com a técnica do creditamento. Precedentes: AgRg no REsp 1.221.142/PR, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012. DJe 04/02/2013; AgRg no REsp 1.227.544/PR. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/12/2012; AgRg no REsp 1.256.107/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 10/05/2012; AgRg no REsp 1.241.354/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/05/2012.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.109.354/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05.09.2017, DJe 15.09.2017).

Aponta a Embargante a existência de dissenso entre o acórdão embargado e o *decisum* proferido pela 1ª Turma desta Corte Superior no AgRg no REsp n. 1.051.634/CE, de minha relatoria para o acórdão, cuja ementa transcrevo (fl. 548e):

Processual. Civil. Tributário. Agravo regimental no recurso especial. PIS e COFINS. Tributação pelo sistema monofásico. Aproveitamento de créditos. Possibilidade. Benefício fiscal concedido pela Lei n. 11.033/04, que instituiu o regime do REPORTO. Extensão às empresas não vinculadas a esse regime. Cabimento.

I - O sistema monofásico constitui técnica de incidência única da tributação, com alíquota mais gravosa, desonerando-se as demais fases da cadeia produtiva. Na monofasia, o contribuinte é único e o tributo recolhido, ainda que as operações subsequentes não se consumem, não será devolvido.

II - O benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal (art. 17 da Lei n. 11.033/04).

III - O fato de os demais elos da cadeia produtiva estarem desobrigados do recolhimento, à exceção do produtor ou importador responsáveis pelo recolhimento do tributo a uma alíquota maior, não é óbice para que os contribuintes mantenham os créditos de todas as aquisições por eles efetuadas.

IV - Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp 1.051.634/CE, de minha relatoria para o acórdão, Primeira Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 27.04.2017).

Nas razões recursais, alega-se, em síntese, que “a manutenção dos créditos de PIS e COFINS no caso de venda de bebidas com incidência de alíquota zero (incidência monofásica) é possível por força do princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 195, § 12) em aplicação conjunta do art. 17 da Lei n. 11.033/2004” (fl. 546e).

Acompanham a peça recursal os documentos de fls. 548/592e.

Distribuídos os autos ao Sr. Ministro Gurgel de Faria, Sua Excelência admitiu o recurso (fls. 607/608e).

A Embargada apresentou impugnação, asseverando, em resumo, “no que tange à tributação monofásica, [que] a técnica do creditamento, além de incompatível, tendo em vista a ausência de contribuições no ciclo da cadeia produtiva, foi vedada pelas Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003” (fl. 618e).

Na assentada do dia 23.10.2019, o Sr. Ministro Relator proferiu voto negando provimento aos Embargos de Divergência, por compreender que “o benefício fiscal previsto no art. 17 da Lei n. 11.033/2004, em razão da especialidade, não derogou a Lei n. 10.637/2002 e a Lei n. 10.833/2003, bem como não desnaturou a estrutura do sistema de créditos estabelecida pelo legislador para a materialização do princípio da não cumulatividade, quanto à Cofins e à contribuição ao PIS”.

Reiniciado o julgamento em 25.11.2020, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apresentou seu voto-vista antecipado para dar provimento ao recurso, instaurando, portanto, o dissenso.

Após, formulei o pedido de vista dos autos, pleito esse de caráter coletivo, conforme prescreve o art. 161, § 1º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça (incluído pela Emenda Regimental n. 33/2019).

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

I. Da admissibilidade dos Embargos de Divergência

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

Importante consignar que os Embargos de Divergência se encontram hígidos para o julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões preliminares ou prejudiciais a serem examinadas, aspecto igualmente concluído pelo Sr. Relator.

II. Delimitação da controvérsia objeto da divergência interna

A ementa do acórdão embargado estampa o fundamento central apontado pela 2ª Turma para o acolhimento da tese do Fisco em sede de recuso especial (fl. 297e):

Tributário. PIS e COFINS. Art. 17 da Lei 11.033/2004. Regime monofásico. Creditamento. Impossibilidade. [...]

[...]

2. Pacificado na jurisprudência da Segunda Turma do STJ o entendimento de que inexistente direito a creditamento, por aplicação do princípio da não cumulatividade, na hipótese de incidência monofásica do PIS e da Cofins, porquanto inócua, nesse caso, o pressuposto lógico da cumulação.

[...]

Por seu turno, o acórdão paradigma, prolatado no âmbito da 1ª Turma, abraça orientação adversa, compreendendo que se deve reconhecer o creditamento.

Nesse contexto, o dissenso jurisprudencial cinge-se à possibilidade de obtenção de crédito no regime não cumulativo do PIS e da Cofins, a partir da vigência do art. 17 da Lei n. 11.033/2004, pelos contribuintes atacadistas ou varejistas de produtos sujeitos à incidência monofásica daquelas contribuições.

O tema em si – concordo com as ponderações do Sr. Relator – esbanja o tom trivial decorrente da rotineira apreciação no âmbito das Turmas.

Todavia, o seu exame nesta Seção exibe indiscutível relevo, porquanto seguem aportando neste Colegiado, no último triênio, vários embargos de divergência tratando da matéria, cuja compreensão vem sendo objeto de reflexões recentes, inclusive no âmbito administrativo.

III. A regra constitucional da não cumulatividade do PIS e da Cofins; e o fundamento de validade para a incidência monofásica dessas contribuições

A adequada apreciação da pretensão deduzida impõe análise, ainda que sucinta, da disciplina normativa pertinente à regra da não cumulatividade.

Inicialmente, cabe lembrar que a sistemática da não cumulatividade, no texto original da Constituição de 1988, veio expressamente contemplada tão somente para dois impostos submetidos a regime plurifásico: o IPI (art. 153, § 3º, II); e o ICMS (art. 155, § 2º, I).

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional n. 42/2003, que acrescentou o § 12, ao art. 195 da Constituição da República, estatuiu-se que a lei definirá os setores da atividade econômica para os quais as contribuições incidentes sobre a receita ou o faturamento, bem como a devida pelo importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar, serão não cumulativas.

Constitucionalizou-se, desse modo, a regra da não cumulatividade, tradicionalmente restrita ao IPI e ao ICMS, para as contribuições para o financiamento da seguridade social. Desse modo, a par do já existente regime cumulativo para as contribuições, disciplinado pela Lei n. 9.718/1998, autorizou-se a aplicação da sistemática da não cumulatividade para tais tributos.

Mais não diz o texto constitucional sobre a não cumulatividade das contribuições, diversamente do que faz em relação à aplicação dessa técnica aos impostos mencionados, quando apontado sua disciplina, indicando, inclusive, hipóteses nas quais não há geração de crédito (arts. 153, § 3º, II, e 155, § 2º, I).

Cumprе recordar que, *em relação ao ICMS, tão somente*, o Texto Fundamental proclama que a isenção ou a não incidência não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, salvo determinação em contrário da legislação (art. 155, § 2º, *a*).

No que tange à não cumulatividade das contribuições, todavia, evidencia-se ausente regramento preestabelecido no texto constitucional. Diante desse fato, a menos desenvolvida normatividade constitucional em relação à não cumulatividade das contribuições implica em reconhecer, necessariamente, ter sido concedida maior margem de liberdade ao legislador infraconstitucional para estabelecer a sua disciplina.

Posto isso, impende esclarecer que, no que concerne aos impostos e demais tributos cuja materialidade assim se revista, a não cumulatividade representa autêntica aplicação do *princípio constitucional da capacidade contributiva*, visando a impedir que o tributo se torne um gravame cada vez mais oneroso nas várias operações de circulação do produto ou mercadoria, de prestação dos aludidos serviços e de industrialização de produtos, deixando-os proibitivos.

Dessarte, em relação ao IPI e ao ICMS, a regra da não cumulatividade tem por objetivo evitar a chamada *tributação em cascata*, vale dizer, a incidência de *imposto sobre imposto*, no caso de tributos multifásicos, assim entendidos aqueles exigíveis em operações sucessivas.

Trata-se, portanto, de um *sistema de créditos* que poderá ser usado como forma de pagamento do tributo. O contribuinte deve subtrair da quantia devida a título desses impostos o(s) crédito(s) acumulado(s) na(s) operação(ões) anterior(es).

De outra parte, para tributos de diversa configuração, como a contribuição ao PIS e a Cofins, conquanto também seja a elas aplicável o princípio da capacidade contributiva, por ostentarem materialidade de imposto, a não cumulatividade há de revestir sistema distinto.

Com efeito, cuidando-se de contribuições cuja base de cálculo é a receita bruta ou o faturamento, sem, portanto, conexão direta com determinada operação que tenha por objeto produto ou mercadoria, a técnica de não cumulatividade a ser observada refere-se à “base sobre base”, isto é, o valor do tributo é apurado mediante a aplicação da alíquota sobre a diferença entre as receitas auferidas e aquelas necessariamente consumidas pela fonte produtora (despesas necessárias).

Por oportuno, cabe remarcar ser da própria natureza do regime de não cumulatividade, seja qual for a sua configuração, a possibilidade de recuperação das despesas com tributos nas operações ou etapas anteriores. Se isso não for possível, ausente o atendimento à não cumulatividade.

Em obediência à previsão constitucional, a não cumulatividade da contribuição ao PIS e da Cofins veio a ser regulamentada pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente.

Noutra quadra, cumpre sublinhar que o regime monofásico de tributação, relativamente às contribuições, encontra fundamento no § 4º do art. 149 da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional n. 33/2001:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[...]

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

Tal técnica consiste, singelamente, na incidência única da contribuição, com alíquota mais gravosa, desonerando-se as demais fases da cadeia produtiva.

Cuida-se de tendência que vem sendo adotada pelo legislador tributário para setores econômicos geradores de expressiva arrecadação (produtos de alto valor agregado), por imperativo de praticidade ou praticabilidade tributária, objetivando, além da simplificação e eficiência da arrecadação, o combate à evasão fiscal.

Anote-se que esse regime é semelhante ao da *substituição tributária progressiva* ou “para frente”, no qual o responsável antecipa o pagamento do tributo das operações que ainda ocorrerão, com base de cálculo presumida e, caso a operação subsequente não ocorra, caberá a restituição do tributo recolhido antecipadamente.

Na monofasia, diversamente, o contribuinte é único e o tributo recolhido, ainda que as operações subsequentes não se consumem, não será devolvido.

IV. Moldura normativa infraconstitucional

A Lei n. 10.147/2000, ao dispor sobre a incidência da contribuição ao PIS e da Cofins nas operações de venda dos produtos que especifica, regulamenta a aplicação do regime monofásico a elas cabível, estabelecendo a fixação de alíquotas majoradas para os industriais e importadores, assim como a alíquota zero para os contribuintes subsequentes (revendedores):

Art. 1º A Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições [...]; todos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto n. 7.660, de 23 de dezembro de 2011, serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas: (Redação dada pela Lei n. 12.839/2013)

I – incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de: (Redação dada pela Lei n. 10.865/2004)

a) produtos farmacêuticos classificados nas posições [...]: 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento) e 9,9% (nove inteiros e nove décimos por cento); (Incluído pela Lei n. 10.865, de 2004)

b) produtos de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal, classificados nas posições [...]: 2,2% (dois inteiros e dois décimos por cento) e 10,3% (dez inteiros e três décimos por cento); e (Redação dada pela Lei n. 12.839, de 2013)

II – sessenta e cinco centésimos por cento e três por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrente das demais atividades.

[...]

O mesmo diploma legal, em seu art. 2º, preceitua aplicar-se a alíquota zero à contribuição ao PIS e à Cofins para as vendas realizadas por distribuidores atacadistas, da mesma forma para os varejistas, salvo as empresas optantes pelo SIMPLES:

Art. 2º São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às pessoas jurídicas optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples.

Extrai-se de tais dispositivos que, com a instituição do regime monofásico da contribuição ao PIS e da Cofins, os importadores e industriais de determinados produtos tornaram-se *responsáveis* pelo recolhimento dessas contribuições incidentes sobre toda a cadeia de produção e consumo, mediante a aplicação de uma alíquota de maior percentual global e, em contrapartida, reduziu-se a zero a alíquota dos revendedores, atacadistas e varejistas nas operações subsequentes.

Consoante o apontado regime jurídico, a receita bruta decorrente da venda desses produtos pelas pessoas jurídicas fabricantes e importadoras e da revenda, no atacado e no varejo, sujeita-se à incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da Cofins no regime monofásico, vale dizer, com tributação concentrada na fase inicial, ensejando que apenas as pessoas jurídicas industriais ou importadoras sejam responsáveis pelo pagamento dos tributos devidos, mediante a majoração de sua própria alíquota e a redução a zero do percentual dos demais sujeitos integrantes da cadeia produtiva.

As Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 – simétricas na maioria das disposições –, por seu turno, ao regerem o sistema não cumulativo da contribuição ao PIS e da Cofins, expressamente definem as situações nas quais se mostra possível o creditamento. De igual forma, excluem do direito ao crédito o valor da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota zero, isentos ou não alcançados pela contribuição, conforme segue:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos: (Redação dada pela Lei n. 10.865/2004)

a) no inciso III do § 3º do art. 1º desta Lei; e (Redação dada pela Lei n. 11.727/2008).

b) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei; (Redação dada pela Lei n. 11.787/2008)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei n. 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (Redação dada pela Lei n. 10.865/2004)

III - (Vetado)

IV - aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;

V - valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES; (Redação dada pela Lei n. 10.865/2004)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção

de bens destinados à venda ou na prestação de serviços. (Redação dada pela Lei n. 11.196/2005)

VII - edificações e benfeitorias em imóveis de terceiros, quando o custo, inclusive de mão-de-obra, tenha sido suportado pela locatária;

VIII - bens recebidos em devolução, cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei.

IX - energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei n. 11.488/2007)

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei n. 11.898/2009)

§ 1º O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor: (Redação dada pela Lei n. 10.865/2004)

I - dos itens mencionados nos incisos I e II do caput, adquiridos no mês;

II - dos itens mencionados nos incisos IV, V e IX do caput, incorridos no mês; (Redação dada pela Lei n. 10.684/2003)

III - dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do caput, incorridos no mês;

IV - dos bens mencionados no inciso VIII do caput, devolvidos no mês.

§ 2º Não dará direito a crédito o valor: (Redação dada pela Lei n. 10.865/2004)

I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e (Incluído pela Lei n. 10.865/2004)

II - *da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição.* (Incluído pela Lei n. 10.865/2004)

§ 3º O direito ao crédito aplica-se, exclusivamente, em relação:

I - aos bens e serviços adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País;

II - aos custos e despesas incorridos, pagos ou creditados a pessoa jurídica domiciliada no País;

III - aos bens e serviços adquiridos e aos custos e despesas incorridos a partir do mês em que se iniciar a aplicação do disposto nesta Lei.

§ 4º O crédito não aproveitado em determinado mês poderá sê-lo nos meses subsequentes. (destaques meus).

A Lei n. 11.033/2004, por sua vez, ao disciplinar, dentre outros temas, o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO, instituiu benefícios fiscais como a suspensão da contribuição ao PIS e da Cofins, convertendo-se em operação, inclusive de importação, sujeita à alíquota zero após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do respectivo fato gerador, das vendas e importações realizadas aos beneficiários do REPORTO, consoante a dicção de seu art. 14, § 2º:

Art. 14. Serão efetuadas com suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e, quando for o caso, do Imposto de Importação - II, as vendas e as importações de máquinas, equipamentos, peças de reposição e outros bens, no mercado interno, quando adquiridos ou importados diretamente pelos beneficiários do Reporto e destinados ao seu ativo imobilizado para utilização exclusiva na execução de serviços de: (Redação dada pela Lei n. 12.715, de 2012)

[...]

§ 2º A suspensão da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS converte-se em operação, inclusive de importação, sujeita a alíquota 0 (zero) após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da ocorrência do respectivo fato gerador.

[...]

Por seu turno, o art. 17 desse diploma legal assegura a manutenção dos créditos existentes, nos seguintes termos:

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

Tal preceito, repita-se, assegura a manutenção dos créditos existentes de contribuição ao PIS e da Cofins, embora a revenda não seja tributada. Desse modo, permite-se àquele que efetivamente adquiriu créditos dentro da sistemática da não cumulatividade não seja obrigado a estorná-los ao efetuar vendas submetidas à suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência da contribuição ao PIS e da Cofins.

Em outras palavras, a norma em destaque revela-se indubitosa quanto à utilização de créditos da contribuição ao PIS e da Cofins no caso de venda

efetuada no regime monofásico, pois garante a manutenção desses créditos pelo vendedor na hipótese de venda de produtos com incidência concentrada.

Cumprido salientar que o multicitado dispositivo não se mostra restrito às operações realizadas com os beneficiários do regime do REPORTE, porquanto ausente essa limitação, além de não vincular as vendas de que trata às efetuadas na forma do art. 14 da lei em comento.

Aliás, conquanto a Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB não permita a manutenção do crédito em tela, vem admitindo que o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 se aplica igualmente a outras atividades (cf. Soluções de Consulta COSIT/RFB n. 218/2014, 355/2017; e 06/2020).

Desse modo, a análise conjunta do art. 3º, § 2º, II, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, e do comando radicado no art. 17 da Lei n. 11.033/2004, impõe a conclusão segundo a qual este, por tratar-se de dispositivo legal posterior e que regula inteiramente a matéria de que cuidam aqueles, revogou-os, tacitamente, a teor do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

Assim, a vedação legal então existente para a utilização de créditos na tributação monofásica foi afastada por dispositivo legal que expressamente autoriza o crédito de contribuição ao PIS e de Cofins na hipótese.

De fato, não se pode negar que a partir da vigência do art. 17 da Lei n. 11.033/2004 os contribuintes atacados ou varejistas de quaisquer dos produtos sujeitos à tributação monofásica fazem jus ao crédito relativo à aquisição desses produtos, em sintonia com a regra constitucional da não cumulatividade aplicável às contribuições, estampada no art. 195, § 12, que há de ser prestigiada, dela extraindo-se sua máxima eficácia.

Se, no regime monofásico, todos os demais elos da cadeia produtiva, à exceção do produtor ou importador – responsáveis pelo recolhimento do tributo a uma alíquota mais gravosa – ficam desobrigados do recolhimento porque, sobre a receita por eles auferida, aplica-se a alíquota zero, tal fato não obsta que essas contribuintes mantenham os créditos de todas as aquisições por eles efetuadas, como expressamente assegura o art. 17 da Lei n. 11.033/2004.

Acrescente-se a recente manifestação do órgão central da Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB no sentido de que “o sistema de tributação concentrada não se confunde com os regimes de apuração cumulativa e não cumulativa” das contribuições em análise, premissa essa registrada na Solução de

Consulta COSIT n. 06/2020, que, outrossim, não observa, em nítido confronto com a legalidade, a revogação da vedação legal então existente para a utilização de créditos na tributação monofásica:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Tributação concentrada. Créditos. Compensação e ressarcimento.

O sistema de tributação concentrada não se confunde com os regimes de apuração cumulativa e não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep. A partir de 1º de agosto de 2004, com a entrada em vigor do art. 37 da Lei n. 10.865, de 2004, as receitas obtidas por uma pessoa jurídica com a venda de produtos sujeitos à tributação concentrada passaram a submeter-se ao mesmo regime de apuração a que a pessoa jurídica esteja vinculada.

Assim, desde que não haja limitação em vista da atividade comercial da empresa, *a uma pessoa jurídica comerciante varejista de produtos sujeitos à concentração tributária, que apure a Contribuição para o PIS/Pasep pelo regime não cumulativo*, ainda que a ela seja vedada a apuração de crédito sobre esses bens adquiridos para revenda, porquanto expressamente proibida nos art. 3º, I, "b", c/c art. 2º, § 1º, I da Lei n. 10.637, de 2002, *é permitido o desconto de créditos de que trata os demais incisos do art. 3º desta mesma Lei, desde que observados os limites e requisitos estabelecidos em seus termos.*

Os créditos da Contribuição para o PIS/Pasep regularmente apurados e vinculados a vendas posteriores sujeitas à alíquota zero, mesmo no caso de produtos sujeitos à concentração tributária, são passíveis de compensação e de ressarcimento, de acordo com o art. 16 da Lei n. 11.116, de 2005 c/c o art. 17 da Lei n. 11.033, de 2004.

[...]

(DOU de 11.02.2020, seção 1, p. 35 – destaquei).

Nessa linha, sublinho que a Fazenda Nacional, conquanto discorde da pretensão da Embargante, *reconhece o sistema da monofasia como compatível com a técnica da não cumulatividade em relação a um mesmo contribuinte:*

[...] até porque poderia haver cumulatividade em relação a outros custos essenciais ou em decorrência da comercialização concomitante de produtos outros.

É certo que o legislador tributário entendeu, *num primeiro momento*, que o regime não cumulativo da PIS (e também da COFINS) seria totalmente incompatível com a incidência monofásica das contribuições, tendo assim justificado a exclusão dos setores submetidos à incidência única na exposição de motivos da MP 66/02 (convertida na Lei 10.637/02, que instituiu o regime

não cumulativo do PIS). Mas o pensamento evoluiu e, pouco tempo depois, mais precisamente a partir de maio de 2004, por força da Lei 10.865/04, a incompatibilidade ruiu com a revogação da redação originária do art. 3, I, que vedava o creditamento em relação à aquisição de produtos submetidos à incidência concentrada.

(memorial distribuído após a presente vista coletiva, sendo o destaque do original, p. 04).

Observe-se que o óbice identificado pelo Fisco diz com a suposta proibição trazida pela lei, afastando-se do fundamento central abraçado por alguns julgados deste Superior Tribunal de Justiça, exatamente o relativo à ausência do pressuposto lógico da cumulação, observado na não cumulatividade.

Ademais, a orientação aqui explicitada mostra-se consentânea com o teor do *princípio da capacidade contributiva* (art. 145, § 1º, CR), aplicável às contribuições cuja materialidade revista a natureza de imposto, como é o caso do PIS e da Cofins.

Visto o regramento aplicável à controvérsia, impende delinear o quadro jurisprudencial pertinente.

V. Panorama jurisprudencial

Embora a 2ª Turma adote orientação contrária à obtenção de crédito, a partir da vigência do art. 17 da Lei n. 11.033/2004, pelos contribuintes atacadistas ou varejistas de produtos sujeitos à tributação monofásica de PIS e da Cofins, concernente à aquisição desses bens (*e.g.* AgInt no AREsp n. 1.546.267/SP, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, julgado em 18.05.2020, DJe 20.05.2020), a 1ª Turma, ao examinar o tema, por maioria, assentou o entendimento diverso, o qual vem sendo por ela reiterado desde 2017:

Processual. Civil. Tributário. Agravo regimental no recurso especial. PIS e COFINS. Tributação pelo sistema monofásico. Aproveitamento de créditos. Possibilidade. Benefício fiscal concedido pela Lei n. 11.033/04, que instituiu o regime do REPORTO. Extensão às empresas não vinculadas a esse regime. Cabimento.

I - O sistema monofásico constitui técnica de incidência única da tributação, com alíquota mais gravosa, desonerando-se as demais fases da cadeia produtiva. Na monofasia, o contribuinte é único e o tributo recolhido, ainda que as operações subsequentes não se consumem, não será devolvido.

II - O benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal (art. 17 da Lei n. 11.033/04).

III - O fato de os demais elos da cadeia produtiva estarem desobrigados do recolhimento, à exceção do produtor ou importador responsáveis pelo recolhimento do tributo a uma alíquota maior, não é óbice para que os contribuintes mantenham os créditos de todas as aquisições por eles efetuadas.

IV - Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp 1.051.634/CE, de minha relatoria para o acórdão, Primeira Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 27.04.2017).

Processual Civil. Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS e COFINS. Tributação pelo sistema monofásico. Aproveitamento de créditos. Possibilidade. Benefício fiscal concedido pela Lei n. 11.033/2004, que instituiu o regime do REPORTO. Extensão às empresas não vinculadas a esse regime. Cabimento. Precedente da Primeira Turma no AgRg no REsp n. 1.051.634/CE.

1. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Recurso Especial n. 1.051.634/CE (Rel. Min. Sérgio Kukina. Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJe 27/4/2017) entendeu que o benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal (art. 17 da Lei n. 11.033/2004).

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.588.985/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20.10.2020, DJe 03.11.2020).

Tributário. Agravo interno no recurso especial. PIS e COFINS. Tributação pelo sistema monofásico. Aproveitamento de créditos. Possibilidade. Benefício fiscal concedido pela Lei 11.033/2004, que criou o regime do REPORTO. Extensão às empresas não vinculadas a esse regime. Agravo interno da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

1. Discute-se a possibilidade, ou não, do creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS quando se enquadrar na sistemática monofásica de recolhimento de tributos, nos termos da Lei 11.033/2004.

2. Em primeiro lugar, a interpretação literal e topográfica do art. 17 da Lei 11.033/2004 revela que o legislador não se referiu ao REPORTO, embora o tenha feito no *caput* de cada um dos arts. 13 a 16 da referida lei, donde se conclui que o benefício em apreço não pode ser restrito aos participantes desse regime tributário. Cumpre observar, ademais, como sua própria ementa evidencia, que a Lei 11.033/2004 tratou de diversos temas sem, contudo, separá-los em seu texto de forma estanque, não se podendo dizer, portanto, que o art. 17 alcança só e somente os participantes do REPORTO.

3. Em segundo lugar, a teor do item 19 da exposição de motivos da MP 206/2004, que deu origem à Lei 11.033/2004, as disposições do art. 16 (atual art. 17) visam a esclarecer dúvidas relativas à interpretação da legislação da contribuição para o PIS/PASEP e para a COFINS. Essas dúvidas, por questão de lógica, não se referem – e não podem se referir – apenas ao REPORTO, uma vez que ele foi criado juntamente com o benefício fiscal contido no art. 17. Como esclarecer dúvidas sobre algo que acaba de ser criado? Tais dúvidas, como expressamente consignado na Exposição de Motivos, dizem respeito à interpretação da legislação do PIS/COFINS, que, obviamente, é diferente da legislação do REPORTO e muito mais ampla do que ela.

4. Outrossim, o item 13 dessa mesma Exposição de Motivos excluiu o citado art. 16 da MP 206/2004 do conjunto de dispositivos que tratam do REPORTO (arts. 12 a 15 da MP 206/2004, atuais 13 a 16 da Lei 11.033/2004).

5. Em terceiro lugar, pelos critérios sistemático e teleológico de interpretação, é possível concluir que o art. 17 da Lei 11.033/2004 revogou tacitamente o art. 3º, I, b das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que estabeleceram o regime não cumulativo do PIS/COFINS, uma vez que o direito de manutenção dos créditos concedidos pelo legislador objetivou reduzir a carga tributária das pessoas jurídicas que operam no sistema monofásico.

6. Note-se que a não cumulatividade dessas contribuições é distinta daquela observada no IPI e no ICMS, em que a possibilidade de creditamento vinculase ao quantum recolhido nas operações anteriores. No caso do PIS/COFINS, o legislador ordinário adotou a técnica consistente na enumeração de diversos tipos de créditos que poderão ser descontados do montante do tributo a ser recolhido, de modo que não há relação entre os créditos concedidos e a incidência dessas contribuições nas operações anteriores, o que evidencia não haver incompatibilidade entre a incidência monofásica e o creditamento - na verdade, desconto - diversamente do quanto fincado nos precedentes desta Corte.

7. Essas são, portanto, as razões pelas quais se entende que a manutenção dos créditos de PIS/COFINS prevista no art. 17 da Lei 11.033/2004 aplica-se a todas as pessoas jurídicas, independente de elas estarem ou não submetidas ao regime tributário do REPORTO e ao sistema monofásico de recolhimento dessas contribuições. Precedentes: AgInt no AgInt no REsp 1.446.150/RS, Rel.

Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe 18.11.2019; AgInt no REsp 1.370.859/RJ, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 6.9.2019; REsp 1.740.752/BA, Rel. Min. *Regina Helena Costa*, DJe 25.9.2018.

8. Agravo Interno da *Fazenda Nacional* a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.439.215/RS, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, julgado em 01.12.2020, DJe 04.12.2020).

A propósito, cabe destacar que a 2ª Turma desta Corte, conquanto mantido o dissenso relativo à questão central do presente recurso, realinhou a sua jurisprudência para definir que o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 tem aplicação fora do regime de REPORTE, podendo, em tese, alcançar qualquer contribuinte:

Recurso especial. Tributário. PIS/PASEP e COFINS. Creditamento. Art. 17 da Lei 11.033/2004, c/c art. 16, da Lei n. 11.116/2005. Incidência que não se restringe ao REPORTE. Necessidade de revisão da jurisprudência do STJ quanto ao ponto. Regime de incidência monofásica das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Regime especial em relação ao regime de incidência não cumulativo. Aplicação do art. 2º, § 1º, III, IV e V; e art. 3º, I, “b” da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Impossibilidade de creditamento salvo determinação legal expressa que somente passou a existir em 24.6.2008 com a publicação do art. 24, da Lei n. 11.727/2008.

1. O art. 17, da Lei 11.033/2004, e o art. 16, da Lei n. 11.116/2005, não são de aplicação exclusiva ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTE. *Necessidade de revisão da jurisprudência do STJ, pois equivocados quanto ao ponto os precedentes: [...]*

[...]

3. Recurso especial não provido com o alerta para a necessidade de revisão da jurisprudência desta Casa, conforme item “1”.

(REsp 1.267.003/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, julgado em 17.09.2013, DJe 04.10.2013 – destaquei).

Tributário. Contribuição ao PIS e COFINS. Regime monofásico. Saída submetida à alíquota zero. Creditamento. Impossibilidade. Ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Omissão. Inexistência.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra a autoridade coatora Delegado da Receita Federal do Brasil, objetivando ao reconhecimento do direito líquido e certo ao creditamento em razão de aquisições de produtos sob tributação monofásica a título de contribuição ao PIS e de COFINS em situação de saída submetida à alíquota zero. Na sentença, a ordem foi denegada. No Tribunal de origem, a sentença foi mantida.

II - [...].

III - *Apesar de a norma contida no art. 17 da Lei n. 11.033/2004 não possuir aplicação restrita ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária (REPORTO)*, as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas à contribuição ao PIS e à COFINS em regime especial de tributação monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do regime de incidência não cumulativo. Assim, não se aplica, em razão da incompatibilidade de regimes e da especialidade normativa, o disposto nos arts. 17 da Lei n. 11.033/2004 e 16 da Lei n. 11.116/2005, cujo âmbito de incidência se restringe ao regime não cumulativo, salvo determinação legal expressa. Precedentes: AgInt no AREsp 1.546.267/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 20/5/2020; REsp 1.806.338/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/10/2019; AgInt no REsp 1.772.957/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/5/2019.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1.879.254/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 08.09.2020, DJe 14.09.2020 – destaquei).

Fixadas as premissas normativa e jurisprudencial, prossigo com a aplicação do entendimento que deva sobressair na presente divergência interna.

VI. Da solução para o dissenso jurisprudencial

In casu, o acórdão embargado abraça a tese segundo a qual “inexiste direito a creditamento, por aplicação do princípio da não cumulatividade, na hipótese de incidência monofásica do PIS e da COFINS, porquanto incorrente, nesse caso, o pressuposto lógico da cumulação” (fl. 301e).

Com efeito, tal compreensão esbarra, com a licença dos que abraçam entendimento diverso, na lógica do regime monofásico da contribuição ao PIS e da Cofins, que exhibe mecanismo de incidência concentrada da tributação, com alíquota em patamar superior, desonerando-se as demais etapas da cadeia produtiva. Na monofasia, consoante o exposto, o contribuinte é único; e o tributo pago, ainda que as operações subsequentes não se consumem, não será reavido.

Ademais, o benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e de Cofins, ainda que as vendas e revendas efetuadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é, indubitavelmente, extensível às pessoas jurídicas não

vinculadas ao REPORTE, por categórica imposição legal (art. 17 da Lei n. 11.033/2004).

Acrescente-se, uma vez mais, que o fato de os demais elos da cadeia produtiva estarem desobrigados do recolhimento, à exceção do produtor ou importador responsáveis pelo pagamento do tributo a uma alíquota maior, não se revela como entrave para a manutenção dos créditos das aquisições efetuadas pelos contribuintes.

Tal entendimento, evidentemente, não desnatura a estrutura do sistema de créditos estabelecida pelo legislador para a materialização do princípio da não cumulatividade, quanto à Cofins e à contribuição ao PIS.

Desse modo, a tese plasmada no acórdão paradigma representa, em meu sentir: (i) a observância da disciplina legal específica; e (ii) a escorreita interpretação sistemática do regime de creditamento no âmbito da contribuição ao PIS e da Cofins.

Posto isso, com a vênua do Sr. Ministro Relator, dele *divirjo* para *dar provimento* aos Embargos de Divergência, nos termos expostos.

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.712 - DF (2015/0080166-9)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Impetrante: Emival Ramos Caiado Filho

Advogado: Márcio Luiz Silva e outro(s) - DF012415

Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo. Autoridade apontada coatora. Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. Ilegitimidade passiva. Precedentes do STJ. Segurança denegada.

I. Trata-se de Mandado de Segurança preventivo, impetrado por Emival Ramos Caiado Filho contra o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, alegando justo receio de ser incluído no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, então regulamentado pela Portaria Interministerial 2/2011, porquanto, após apresentação de defesa administrativa, em primeira e segunda instâncias, em quinze autos de infração, por supostas irregularidades no cumprimento da legislação trabalhista, houve decisão administrativa final sobre o assunto.

II. Conquanto alegue o impetrante que há omissão do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego na análise de pedidos – para que a aludida autoridade avoque a apreciação dos processos relativos a quinze autos de infração contra ele lavrados, por descumprimento da legislação trabalhista, para declará-los insubsistentes, determinando o seu arquivamento –, ele pretende, no presente *writ* preventivo, é evitar a sua inscrição no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, conforme expresso pedido formulado na inicial.

III. Esta Corte, em caso análogo – MS 19.793/DF, de relatoria do Ministro *Mauro Campbell Marques* –, em que houve requerimento dirigido ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, também não respondido, reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade indicada coatora, sustentando o voto condutor do julgado que, “embora o impetrante tenha indicado como autoridade coatora o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, o ato coator foi praticado pelo Secretário de Inspeção do Trabalho, uma vez que os atos de inclusão e exclusão de nomes do cadastro são realizados no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, o que afasta a competência constitucionalmente atribuída a esta Corte Superior para o julgamento do presente *mandamus*” (STJ, MS 19.793/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 11/03/2014).

IV. No caso, os documentos que instruíram a inicial consistem, tão somente, em pedidos de decisão avocatória, formulados pelo impetrante ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, com fundamento no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal e no art. 638 da CLT, não tendo eles o condão de comprovar, por si só, a

iminência de prática de atos, pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, tendentes a incluir seu nome no aludido Cadastro. Por outro lado, os documentos apresentados pela autoridade apontada como coatora demonstram que o Relatório de Fiscalização e os autos de infração foram lavrados por Agentes de Inspeção do Trabalho.

V. A Portaria Interministerial 2/2011 foi revogada pela Portaria Interministerial 2/2015, que, em seu art. 1º, § 2º, estabeleceu, expressamente, quanto ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, que “a organização e divulgação da relação ficará a cargo da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo - DETRAE, inserida no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, do Ministério do Trabalho e Emprego”. Em igual sentido dispôs, em seu art. 2º, § 3º, a Portaria Interministerial 4/2016 – que revogou a Portaria Interministerial 2/2015 –, bem como a Portaria MTB 1.293, de 28/12/2017, em seu art. 14, §§ 2º e 3º.

VI. Segundo entendimento desta Corte, “os atos de inclusão/exclusão no Cadastro de Empregadores que submetem trabalhadores a condições análogas às de escravo competem à Secretaria de Inspeção de Trabalho - SIT e não ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, razão pela qual falece competência ao STJ para processar e julgar o presente *mandamus*, tendo em vista a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora” (STJ, AgRg no MS 21.158/DF, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe de 04/03/2021). No mesmo sentido: STJ, MS 21.116/DF, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Primeira Seção*, DJe de 12/02/2021; MS 10.116/DF, Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Seção*, DJe de 18/12/2006; AgRg no MS 19.191/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 15/03/2013; MS 14.067/DF, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Primeira Seção*, DJe de 11/05/2009.

VII. Sobre a teoria da encampação – que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora, em mandado de segurança –, a Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que esta se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (a) existência de subordinação hierárquica entre a autoridade que efetivamente praticou o ato e aquela apontada como

coatora, na petição inicial; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência, estabelecida na Constituição, para o julgamento do *writ*, requisito que, no presente caso, não se encontra atendido. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no MS 23.399/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe de 11/10/2017; MS 17.435/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 01/02/2013; AgRg no MS 19.461/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 21/08/2013.

VIII. Assim, exsurge a ilegitimidade passiva *ad causam* do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, porquanto o ato cuja prática se pretende evitar, no presente *writ*, não se insere no âmbito de sua competência, devendo ser denegada a segurança e revogada a liminar deferida, restando prejudicado o Agravo Regimental contra ela interposto.

IX. Segurança denegada. Agravo Regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança e revogou a liminar deferida, restando prejudicado o agravo regimental contra ela interposto, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Dr. Daniel Costa Reis, pela parte impetrada: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego

Brasília (DF), 26 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 31.5.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Mandado de Segurança preventivo, impetrado por *Emival Ramos Caiado Filho* contra o *Ministro de Estado do Trabalho e Emprego*, alegando justo receio de ser incluído no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, então regulamentado pela Portaria Interministerial 2/2011, porquanto, após apresentação de defesa administrativa, em primeira e segunda instâncias, em quinze autos de infração, por supostas irregularidades no cumprimento da legislação trabalhista, houve decisão administrativa final sobre o assunto.

Sustenta, para tanto, *in verbis*:

Em jan/2010, o imóvel rural do Impetrante sofreu inspeção do Ministério do Trabalho e Emprego, que apurou a existência de supostas irregularidades no cumprimento da legislação trabalhista.

Após a lavratura dos correspondentes autos de infração (15 no total), o Impetrante apresentou as competentes impugnações administrativas, que foram julgadas improcedentes em primeira e segunda instâncias. Ordinariamente, portanto, houve decisão administrativa final sobre o assunto.

Desse modo, *o Impetrante possui justo receio de ser incluído no "Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo" do Ministério do Trabalho e Emprego.*

Isso porque a Portaria Interministerial MTE/SDH n. 2, de 12 de maio de 2011, determina que:

Art. 2º A inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.

Trata-se, portanto, de *ato administrativo sancionador com aplicação e execução automáticas, isto é, independentes da abertura de prévio e específico procedimento administrativo.*

A partir da "decisão administrativa final" relativa ao auto de infração, o Ministério do Trabalho e Emprego formaliza sua conclusão no sentido de ter havido condições análogas à de escravo e inclui – frise-se, sem ouvir a parte interessada – o empregador no referido cadastro.

O empregador, por sua vez, apenas toma conhecimento dessa penalidade adicional quando o malsinado cadastro é publicado no *site* eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego ou (o que é mais comum) quando sofre alguma

restrição em seus direitos de contratar com órgãos públicos ou privados, tem seu crédito bancário suspenso e fica proibido de comercializar seus produtos rurais, entre outras sanções.

No intuito de se defender contra essa absurda ameaça – posto que violadora das garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório – o Impetrante apresentou pedidos de decisão avocatória ao Ministro do Trabalho e Emprego (Súmula 473 do STF). Porém, tal pedido não foi analisado até o momento.

Como o Ministério do Trabalho e Emprego vem, reiteradamente, incluindo empregadores no citado cadastro antes de lhes oportunizar qualquer meio de defesa contra este ato específico e tendo em vista que a omissão do Ministro do Trabalho e Emprego expõe o Impetrante a dano irreparável, não lhe restou alternativas senão a impetração deste mandado de segurança preventivo (fls. 2/3e).

Nesse contexto, defende a inconstitucionalidade da Portaria Interministerial MTE/SDH 2/2011, porquanto “o poder regulamentar deferido aos Ministros de Estado não legitima a imposição de novas sanções, que precisam ter prévia previsão em *Lei*” (fl. 4e).

Acrescenta que o Ministro *Ricardo Lewandowski* concedeu medida liminar, na ADI 5.209 MC-AgR/DF, para suspender os efeitos da Portaria MTE/DSH 2/2011 (fl. 4e).

Sustenta, ainda, que, “eventual ato administrativo que importe na inclusão do Impetrante no ‘Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo’, *por se tratar de sanção, deve ser precedido de intimação para que ele produza as provas que entender necessárias à defesa de seus interesses, garantindo-se-lhe, também, o direito de interpor recursos. A ausência desse prévio procedimento administrativo reforça, portanto, a ilegalidade e a inconstitucionalidade do ato que o presente mandado de segurança visa afastar. Soma-se em desfavor do ato que este mandado de segurança visa prevenir, o fato de a inclusão do empregador no ‘Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo’ não ser feito por um órgão Colegiado e Paritário*” (fl. 8e).

Em razão de tais fatos, alega que o *periculum in mora* está presente, na hipótese, porquanto, “se for obrigado aguardar a finalização deste mandado de segurança, o Impetrante pode sofrer danos tão graves que uma eventual sentença favorável terá pouca ou nenhuma chance de remediar” (fl. 13e).

Assim, requer a concessão da liminar, *inaudita altera parte*, para “que a autoridade impetrada, seus agentes ou quem lhe faça as vezes, se abstenham de

inscrever o Impetrante no ‘Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo’” (fl. 15e).

No mérito, pugna pela concessão da segurança, “para declarar a invalidade da Portaria Interministerial MTE/SDH 2/2011, determinando que a autoridade impetrada, seus agentes ou quem lhe faça as vezes, se abstenham de inscrever o Impetrante no ‘Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo’”, ou, sucessivamente, “para determinar que a autoridade impetrada, seus agentes ou quem lhe faça as vezes, se abstenham de inscrever o Impetrante no ‘Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo’ antes de lhe garantir o direito líquido e certo ao pleno contraditório e à ampla defesa na esfera administrativa” (fl. 15e).

Após o ajuizamento do *writ*, o impetrante informou, por meio da petição de fls. 300/304e, que a Portaria Interministerial 2, de 12/05/2011, foi expressamente revogada pela Portaria Interministerial 2, de 31/03/2015 (DOU de 01/04/2015). Alega que “a nova Portaria Interministerial reproduz, na essência, os termos da Portaria Interministerial revogada. Conquanto aparentemente desnecessária, tal revogação produzirá um gravíssimo efeito jurídico, que é a perda de objeto da ADIN 5.209, onde fora concedida medida liminar para suspender os efeitos da Portaria Interministerial n. 2, de 12.05.2011” (fl. 301e). Acrescenta que “nem a revogação da Portaria Interministerial n. 2/2011, tampouco a edição da Portaria Interministerial n. 2/2015, conferem legitimidade ao ato impugnado por meio deste mandado de segurança” (fl. 301e). Por fim, “reitera todos os pedidos feitos na ocasião, pois a ilegalidade que este writ pretende evitar subsiste” (fl. 302e).

A liminar foi deferida, a fls. 609/615e, “para que a autoridade impetrada se abstenha de inscrever o impetrante no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, até ulterior deliberação”.

Contra a aludida decisão, a União apresentou Agravo Regimental, a fls. 623/638e.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora, a fls. 322/608e, sustentando, em síntese, perda do objeto da impetração, porquanto a Portaria Interministerial 02/2011 foi revogada pela Portaria Interministerial 02/2015. Aduz, ainda, que o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego não tem competência para decidir sobre a inclusão ou exclusão do impetrante no aludido Cadastro, o que constitui atribuição da Secretaria de Inspeção do

Trabalho, razão pela qual é ele parte ilegítima para figurar no polo passivo do presente Mandado de Segurança, atraindo, assim, a incompetência do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação da causa. Defende a constitucionalidade e a legitimidade do aludido Cadastro. Aduz que, “antes da decisão administrativa final e do decorrente ato de inclusão, são oportunizados ao empregador, todos os meios para insurgir-se contra as infrações que lhe são imputadas, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa” (fls. 337e). Alega que houve constatação de ocorrência de submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravo, e que “foi justamente este fato que restou reconhecido, administrativamente que, está no aguardo de inclusão do nome do autor no cadastro impugnado, por força da Portaria n. 02/2015, vez que a Portaria ora impugnada, Portaria n. 02/2011, foi revogada em sua integralidade” (fl. 340e). Por fim, sustenta que a autuação administrativa fez-se dentro dos parâmetros legais.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 640/645e, pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, em razão da “ilegitimidade passiva do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego para a correção do ato impugnado, em face da errônea indicação da autoridade coatora”. Acrescenta que o ato é de competência do Secretário de Inspeção do Trabalho, o que caracteriza a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, autorizando a denegação da segurança.

Memorial do impetrante juntado a fls. 649/656e, sustentando que o feito deve ser sobrestado, até o julgamento definitivo da ADI 5.209/DF e insistindo na legitimidade passiva da autoridade apontada coatora, em face da teoria da encampação.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): De início, cabe ressaltar que, embora a Portaria Interministerial 2/2011 tenha sido revogada pela Portaria Interministerial 2, de 31/03/2015, que, por sua vez, foi revogada pela Portaria Interministerial 4, de 11/05/2016, não há se falar em perda de objeto do feito, uma vez que o presente Mandado de Segurança objetiva evitar a inscrição do nome do impetrante no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo.

Por oportuno, esclareça-se que o STF reconheceu a perda de objeto da ADI 5.209/DF, mediante decisão proferida em 16/05/2016, transitada em julgado em 16/06/2016.

Cabe destacar, ainda, que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 509/DF, ajuizada contra as Portarias Interministeriais 4/2016, 2/2015 e 2/2011 e a Portaria MTE 540/2004 – já revogadas as três últimas normas – teve seu mérito julgado, pelo STF, em 16/09/2020, ocasião em que, por maioria, assentou o prejuízo da ação, no tocante aos arts. 5º a 12 da Portaria Interministerial 4, de 11/05/2016, revogados pela Portaria MTB 1.129/2017 – que, por sua vez, fora tacitamente revogada pela Portaria MTB 1.293/2017 –, e julgou improcedente o pedido quanto aos demais preceitos, nos termos do voto do Relator, Ministro *Marco Aurélio*. Eis a ementa da ADPF 509/DF:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Cabimento. Subsidiariedade. A adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pressupõe inexistência de meio jurídico para sanar lesividade – artigo 4º da Lei n. 9.882/1999.

Portaria. Cadastro de empregadores. Reserva legal. Observância. Encerrando portaria, fundamentada na legislação de regência, divulgação de cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, sem extravasamento das atribuições previstas na Lei Maior, tem-se a higidez constitucional.

Cadastro de empregadores. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Observância. Identificada, por auditor-fiscal, exploração de trabalho em condição análoga à de escravo e lavrado auto de infração, a inclusão do empregador em cadastro ocorre após decisão administrativa irrecorrível, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Cadastro de empregadores. Natureza declaratória. Princípio da publicidade. Descabe enquadrar, como sancionador, cadastro de empregadores, cuja finalidade é o acesso à informação, mediante publicização de política de combate ao trabalho escravo, considerado resultado de procedimento administrativo de interesse público.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em assentar o prejuízo da ação no tocante aos artigos 5º a 12 da Portaria Interministerial MTE/MMIRDH n. 4, de 11 de maio de 2016, revogados pela Portaria MTB n. 1.129/2017, e julgar improcedente o pedido quanto aos demais preceitos, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão virtual, realizada de 4 a 14 de setembro de 2020, presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na

conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas (STF, ADPF 509/DF, Plenário, DJe de 05/10/2020).

Nesse contexto, conquanto opostos Embargos Declaratórios ao acórdão, pendentes de análise, não há qualquer óbice ao julgamento do presente *writ*, mormente considerando que, diante da argumentação constante da petição inicial e dos documentos juntados aos autos, não se verifica a iminência de possíveis *atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego*, exurgindo a ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade apontada coatora.

Nos termos do art. 105, I, *b*, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os Mandados de Segurança impetrados “contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal”.

No presente Mandado de Segurança preventivo, fundado no receio de o impetrante ser incluído no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, sustenta o impetrante, na inicial, a legitimidade passiva do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, ao fundamento de que, “no intuito de se defender contra essa absurda ameaça – posto que violadora das garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório – o Impetrante apresentou pedidos de decisão *avocatória* ao Ministro do Trabalho e Emprego (*Súmula 473 do STF*). Porém, tal pedido não foi analisado até o momento. Como o Ministério do Trabalho e Emprego vem, reiteradamente, incluindo empregadores no citado cadastro antes de lhes oportunizar qualquer meio de defesa contra este ato específico e tendo em vista que a omissão do Ministro do Trabalho e Emprego expõe o Impetrante a dano irreparável, não lhe restou alternativas senão a impetração deste mandado de segurança preventivo” (fl. 3e).

Conquanto alegue o impetrante que há omissão do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego na análise dos pedidos de fls. 19/283e – para que a aludida autoridade avoque a apreciação dos processos relativos a quinze autos de infração contra ele lavrados, por descumprimento da legislação trabalhista, para declará-los insubsistentes, determinando o seu arquivamento –, ele pretende, no presente *writ* preventivo, é evitar a sua inscrição no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, conforme pedido de fl. 15e.

Aliás, os quinze pedidos de avocatória foram dirigidos ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego em 22/12/2014, e, como consta das informações, “todos os processos tiveram decisão de procedência e estão arquivados, sendo que sete deles foram arquivados por pagamento de multa em 2014, enquanto que *os demais quinze foram arquivados em razão da notificação e do pagamento das multas em janeiro de 2015*” (fl. 345e), pagamento efetuado antes mesmo do ajuizamento do presente Mandado de Segurança, em 08/04/2015.

Apesar de o impetrante afirmar, a fl. 653e, que “o Ministro do Trabalho e Emprego atuou diretamente para a inclusão do impetrante no cadastro combatido, ao conhecer e apreciar o mérito do Pedido de Decisão Avocatória por ele formulado”, *não consta dos autos resposta subscrita pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego aos referidos requerimentos*, de forma a corroborar a tese acerca de sua legitimidade passiva *ad causam*.

No caso, os documentos que instruíram a inicial consistem, tão somente, em pedidos de decisão avocatória, formulados pelo impetrante ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, com fundamento no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal e no art. 638 da CLT, não tendo eles o condão de, por si só, comprovar a iminência de prática de atos, pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, tendentes a incluir seu nome no aludido Cadastro.

Destaca-se que o presente Mandado de Segurança foi impetrado *preventivamente*, a liminar foi deferida, para que a autoridade apontada coatora se abstenha de inscrever o nome do impetrante no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, e não se tem notícia de que ela tenha sido descumprida. Ao contrário, as informações esclarecem que a aludida inclusão não se efetivara (fl. 340e).

Por outro lado, os documentos apresentados pela autoridade apontada como coatora demonstram que o Relatório de Fiscalização e os Autos de Infração foram lavrados por Agentes de Inspeção do Trabalho (fls. 350/405e e 550/608e) e que o impetrante foi devidamente notificado, nos autos do processo administrativo, tendo, inclusive, constituído advogado (fl. 423e), que, em seu nome, assinou as aludidas notificações (fls. 406/407e, 409/411e e 422e) e firmou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, perante o Ministério Público do Trabalho (fls. 522/533e).

Esta Corte, em caso análogo – MS 19.793/DF, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, em que houve requerimento dirigido ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, também não respondido –, reconheceu a

ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade indicada coatora, tendo o Relator assim se manifestado:

No presente caso, embora o impetrante alegue que aponta como ato coator a omissão do Ministro de Estado em responder um encaminhamento, enviado pela via eletrônica, de comunicação, no dia 06 de fevereiro de 2013, na forma de petição, - solicitando explicações acerca da inscrição e requerendo a exclusão imediata do nome do impetrante da lista suja, e que não foi respondido, mesmo após vários contatos telefônicos nos dias subsequentes -, o que se busca na presente via é a exclusão do seu nome da lista de empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas às de escravo. Vejamos o pedido da ação (fls. 14/15):

- a) O recebimento e o regular processamento do presente *mandamus*;
- b) A produção da prova documental anexa;
- c) A concessão *inaudita altera pars* da medida liminar para determinar a imediata exclusão do nome do impetrante, Marcelo Kreibich, da lista de empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas às de escravo, com a mesma publicidade com que foi incluído;
- d) A notificação da autoridade coatora para a prestação de informações, dentro do prazo legal;
- e) A intimação do órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, na forma do art. 7º, II, da Lei n. 12.016;
- f) A intimação do Ministério Público do Trabalho para manifestação;
- g) A concessão, ao final, da segurança, para determinar, em caráter definitivo, a exclusão do nome do impetrante, Marcelo Kreibich, da lista de empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas às de escravo, com a mesma publicidade com que foi incluído.

*Assim, embora o impetrante tenha indicado como autoridade coatora o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, o ato coator foi praticado pelo Secretário de Inspeção do Trabalho, uma vez que os atos de inclusão e exclusão de nomes do cadastro são realizados no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, o que afasta a competência constitucionalmente atribuída a esta Corte Superior para o julgamento do presente *mandamus*".*

A ementa restou assim redigida:

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Inclusão do nome do impetrante no cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo. Autoridade coatora. Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. Ilegitimidade passiva.

1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego consubstanciado na inclusão do nome do impetrante no Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo.

2. *No presente caso, embora o impetrante alegue que aponta como ato coator a omissão do Ministro de Estado em responder um encaminhamento, enviado pela via eletrônica, de comunicação, no dia 06 de fevereiro de 2013, na forma de petição, - solicitando explicações acerca da inscrição e requerendo a exclusão imediata do nome do impetrante da lista suja, e que não foi respondido, mesmo após vários contatos telefônicos nos dias subsequentes -, o que se busca na presente via é a exclusão do seu nome da lista de empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas às de escravo.*

3. *Embora o impetrante tenha indicado como autoridade coatora o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, o ato coator foi praticado pelo Secretário de Inspeção do Trabalho, uma vez que os atos de inclusão e exclusão de nomes do cadastro são realizados no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, o que afasta a competência constitucionalmente atribuída a esta Corte Superior para o julgamento do presente mandamus. Precedentes: AgRg no MS 19.191/DF, Rel. Ministro **Herman Benjamin, Primeira Seção**, julgado em 27/02/2013, DJe 15/03/2013; MS 14.067/DF, Rel. Ministra **Eliana Calmon, Primeira Seção**, julgado em 22/04/2009, DJe 11/05/2009; MS 13.967/DF, Rel. Ministro **Benedito Gonçalves, Primeira Seção**, julgado em 16/02/2009, DJe 05/03/2009; MS 10.116/DF, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Seção**, julgado em 22/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 281.*

4. Segurança denegada (STJ, MS 19.793/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 11/03/2014).

Registre-se, ainda, que, nas informações prestadas, a autoridade indicada coatora defende a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, de forma a corroborar conclusão em tal sentido, nos seguintes termos:

13. *Cabe apontar ainda a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada (Sr. Ministro de Estado do Trabalho e Emprego) para figurar no pólo passivo da presente ação, senão vejamos.*

14. O mandado de segurança é um dos remédios constitucionais de maior relevância do ordenamento jurídico pátrio, que tem por escopo a correção de ato ou omissão manifestamente ilegal, de autoridade pública que viole direito líquido e certo da pessoa física ou jurídica.

15. A Constituição Federal de 1988 eleva essa ação constitucional ao status de direito fundamental, nos seguintes termos:

(...)

16. Da redação supra extrai-se que ato de autoridade é toda manifestação praticada por autoridade pública no exercício de suas funções, equiparando-se a ela o agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Assim, será a parte impetrada a autoridade e não, a Pessoa Jurídica ou o órgão a que pertence. Note-se que, autoridade coatora é aquela que detém na ordem hierárquica poder de decisão e é competente para praticar os atos administrativos decisórios.

17. Assim, *muito embora referido cadastro tenha sido regulamentado por ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado, ora impetrado, os atos de inclusão e exclusão de nomes do cadastro são realizados no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, especificamente na Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo, nos termos do regimento interno deste Pasta (Anexo VI: da Portaria MTE n. 483, de 2004):*

Art. 12. À Divisão de Fiscalização para a Erradicação do Trabalho Escravo compete:

I - colaborar com a proposição de diretrizes para as ações da Secretaria na erradicação do trabalho escravo;

II - propor normas específicas de fiscalização para a erradicação do trabalho escravo e a todas as formas de trabalho degradante;

III - supervisionar a execução das operações da fiscalização móvel, em âmbito nacional ou regional, no atendimento das funções legais da fiscalização do trabalho e conforme planos, diretrizes e prioridades aprovados pelo Secretário de Inspeção do Trabalho;

IV - articular-se com instâncias e entidades governamentais e não-governamentais relacionadas com a erradicação do trabalho escravo, objetivando a execução de ações integradas e a obtenção de informações e dados estratégicos para a otimização das ações específicas da fiscalização do trabalho;

V - emitir parecer sobre proposições legislativas ou normativas relacionadas com a erradicação do trabalho escravo;

VI - preparar informações a serem fornecidas às entidades sindicais e às instituições e organizações nacionais e internacionais quanto aos assuntos relacionados com a erradicação do trabalho escravo;

e

VII - organizar e manter arquivo de informações e dados sobre a erradicação do trabalho escravo.

18. Da leitura do referido diploma normativo, conclui-se que a competência para decidir sobre a inclusão no cadastro de empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas à de escravo encontra-se encartada no feixe de competências

da Divisão de Fiscalização para a Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE), órgão vinculado à Secretaria de Inspeção do trabalho (SIT). Deste modo, o Sr. Ministro de Estado do Trabalho e Emprego não poderia figurar no pólo passivo do presente writ, haja vista não deter competência para incluir ou excluir as impetrantes da “lista suja” de empregadores que submetem seus empregados à condições análogas a de escravo, uma vez que a competência para processar e julgar as ações de mandado de segurança deve ser determinada racione autoritatis.

19. Com efeito, segundo o art. 105, I, 'b' da CR/88, é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça julgar Mandado de Segurança contra ato específico de Ministros de Estado, conforme redação a seguir:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; (grifos nossos)

20. Nesse sentido, *demonstrada a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, no caso, o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, resta caracterizada, por conseguinte, a incompetência desta Corte para o julgamento do feito* (fls. 326/327e).

A inicial do Mandado de Segurança, impetrado em 08/04/2015, impugnava a Portaria Interministerial 2/2011. Logo após, a inicial foi emendada, para esclarecer que a aludida Portaria fora revogada pela Portaria Interministerial 2, de 31/03/2015, mas que “nem a revogação da Portaria Interministerial n. 2/2011, tampouco a edição da Portaria Interministerial n. 2/2015, conferem legitimidade ao ato impugnado por meio deste mandado de segurança” (fl. 301e), por que “as inconstitucionalidades e ilegalidades denunciadas na petição inicial deste mandado de segurança persistem” (fl. 301e).

Eis o teor da Portaria Interministerial 2/2011:

Portaria Interministerial n. 2, de 12 de Maio de 2011

Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria MTE n. 540, de 19 de outubro de 2004.

O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego e a Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência República, no uso da atribuição que

lhes confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, e tendo em vista o disposto no art. 186, incisos III e IV, ambos da Constituição Federal de 1988, resolvem:

Art. 1º *Manter, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, originalmente instituído pelas Portarias n. 1.234/2003/MTE e 540/2004/MTE.*

Art. 2º *A inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.*

Art. 3º *O MTE atualizará, semestralmente, o Cadastro a que se refere o art. 1º e dele dará conhecimento aos seguintes órgãos:*

(...)

§ 1º Os órgãos de que tratam os incisos I a XIII deste artigo poderão solicitar informações complementares ou cópias de documentos relacionados à ação fiscal que deu origem à inclusão do infrator no Cadastro (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE).

§ 2º A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República competirá acompanhar, por intermédio da CONATRAE, os procedimentos para inclusão e exclusão de nomes do cadastro de empregadores, bem como fornecer informações à Advocacia-Geral da União nas ações referentes ao cadastro.

Art. 4º A Fiscalização do Trabalho realizará monitoramento pelo período de 2 (dois) anos da data da inclusão do nome do infrator no Cadastro, a fim de verificar a regularidade das condições de trabalho.

§ 1º Uma vez expirado o lapso previsto no *caput*, e não ocorrendo reincidência, a Fiscalização do Trabalho procederá à exclusão do nome do infrator do Cadastro.

§ 2º A exclusão ficará condicionada ao pagamento das multas resultantes da ação fiscal, bem como da comprovação da quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários.

§ 3º A exclusão do nome do infrator do Cadastro previsto no art. 1º será comunicada aos órgãos arrolados nos incisos do art. 3º (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE).

Art. 5º Revoga-se a Portaria MTE n. 540, de 19 de outubro de 2004.

Com efeito, infere-se da referida Portaria Interministerial 2/2011 que a manutenção do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, conforme previsto em seu art. 1º, que *não indica a autoridade competente para tal finalidade.*

Por outro lado, não se colhe, do exame da aludida Portaria Interministerial 2/2011, a competência para o Ministro de Estado do Trabalho e do Emprego incluir o nome de infrator no aludido Cadastro, determinando o seu art. 3º que o *Ministério do Trabalho e Emprego* – e não o respectivo Ministro – atualize, semestralmente, o respectivo Cadastro.

O STJ, à luz da Portaria Interministerial 2/2011, ao enfrentar situação análoga, em mandado de segurança repressivo, já decidiu, pela sua Primeira Seção, que, “*à míngua da prova de quem praticou o ato coator, não é razoável presumir que este esteja na alçada do Ministro de Estado do Trabalho, se as informações que prestou dão conta de que a inclusão na indigitada lista compete à Divisão de Fiscalização para a Erradicação do Trabalho Escravo – Detrae*” (MS 20.362/DF, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, Primeira Seção, DJe de 27/06/2014), tal como ocorre, *in casu*.

Nesse contexto, a jurisprudência do STJ, em casos análogos, orienta-se no sentido da ilegitimidade passiva *ad causam* do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, porquanto a inscrição no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo insere-se na competência da Secretaria de Inspeção do Trabalho. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. *Portaria 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego. Ato praticado pela Delegacia do Trabalho. Incompetência do STJ. Errônea indicação da autoridade coatora. Ilegitimidade passiva ad causam. Norma geral. Criação do “cadastro” de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo. Aplicação da Súmula 266/STF. Descabimento de mandado de segurança contra lei em tese. Extinção do processo.*

1. Mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, consubstanciado na edição da Portaria 540, de 15 de outubro de 2004, que criou o “Cadastro de Empregadores” que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo.

2. O art. 105, inciso I, alínea ‘b’, da Constituição Federal, que trata da competência originária do Superior Tribunal de Justiça, dispõe:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (...)

3. A *ratio essendi* da Súmula 171/STJ é no sentido de que, para que se fixe a competência do STJ, é mister que o ato de Ministro de Estado seja tipicamente de sua competência nos termos da Constituição Federal (art. 82 da CF). Precedentes da 1ª Seção: MS 10.484/DF, Relator Ministro José Delgado, julgado em 24.08.2005; MS 9.945/DF, desta Relatoria, DJ de 29.08.2005 e MS 8.796/DF, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 28.03.2005.

4. A Portaria 540, de 15 de outubro de 2004 dispõe:

O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, e tendo em vista o disposto no art. 186, incisos III e IV, da Constituição, resolve:

Art. 1º. Criar, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo.

Art. 2º. A inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa a auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.

Art. 3º. O MTE atualizará, semestralmente, o Cadastro a que se refere o art. 1º e dele dará conhecimento aos seguintes órgãos:

- I - Ministério do Meio Ambiente;
- II - Ministério do Desenvolvimento Agrário;
- III - Ministério da Integração Nacional;
- IV - Ministério da Fazenda;
- V - Ministério Público do Trabalho;
- VI - Ministério Público Federal;
- VII - Secretaria Especial de Direitos Humanos; e

VIII - Banco Central do Brasil. Parágrafo Único. Poderão ser solicitados pelos órgãos de que tratam os incisos I a VIII deste artigo, informações complementares ou cópias de documentos relacionados à ação fiscal que deu origem à inclusão do infrator no Cadastro.

Art. 4º. A Fiscalização do Trabalho monitorará pelo período de dois anos após a inclusão do nome do infrator no Cadastro para verificação da regularidade das condições de trabalho, devendo, após esse período, caso não haja reincidência, proceder à exclusão do referido nome do Cadastro.

§ 1º. A exclusão do nome do Infrator do Cadastro ficará condicionada ao pagamento das multas resultantes da ação fiscal, bem como, da comprovação da quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários.

§ 2º. A exclusão do nome do infrator do Cadastro será comunicada aos órgãos de que tratam os incisos I a VIII do art. 3º.

Art. 5º. Revoga-se a Portaria MTE n. 1.234, de 17 de novembro de 2003.

Art. 6º. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

5. *Na hipótese sub examine, a despeito de a impetração se dirigir contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, o ato atacado neste mandamus, consubstanciado na inscrição do impetrante no "Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo", foi realizado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, consoante se verifica da lista anexada às fls. 42/44.*

6. Assim, forçoso concluir pela incompetência absoluta desta Corte para processar e julgar *mandamus*, cujo ato apontado como ilegal ou abusivo provém de outrem que não as elencadas no permissivo constitucional.

7. Ademais, o presente mandado de segurança revela-se incabível, porquanto a insurgência do impetrante volta-se contra norma de caráter geral e abstrato, insindivisível em sede de *mandamus*, ante a *ratio essendi* da Súmula 266/STF.

8. Norma de caráter geral e abstrato não pode ser atacada via mandado de segurança, em face da disposição contida na Súmula 266/STF, que afasta a possibilidade de ação mandamental contra lei em tese. Precedentes da Corte: MS 8.190/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 02/08/2004; MS 8.870/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16/06/2003.

9. *In casu, o Ministro do Trabalho e Emprego, ao editar a Portaria inquinada de ilegal, somente criou o "Cadastro de Empregadores" que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravos, atribuindo à Secretaria de Inspeção do Trabalho a incumbência de inclusão e exclusão dos empregadores da denominada "Lista Suja", consoante se infere da Portaria 544/2004.*

10. Ademais, o reexame sobre se o impetrante vem cumprindo o ajustamento de conduta, aliás, fato contestável, retira a liquidez e certeza que ensejariam a aferição imediata do direito líquido e certo, recomendando a utilização de procedimento com cognição plenária.

11. Mandado de Segurança extinto por duplo fundamento, de incompetência e ausência de direito líquido e certo, que não inviabiliza a discussão em demanda de cognição exauriente (STJ, MS 10.116/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 18/12/2006).

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. *Inclusão do nome da impetrante no cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo. Ilegitimidade passiva.*

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego consubstanciado na inclusão do nome da impetrante no Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo.

2. A competência originária do STJ para julgamento de Mandados de Segurança está taxativamente fixada no art. 105, I, 'b', da Constituição Federal. In casu, o ato coator foi praticado pelo Secretário de Inspeção do Trabalho, o que afasta a competência constitucionalmente atribuída ao STJ para o julgamento do presente mandamus. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no MS 19.191/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 15/03/2013).

Cumpra registrar, ainda, precedentes do STJ que, à luz do disposto na Portaria Interministerial 540/2004, cuja redação é semelhante à norma ora em apreciação, entenderam pela competência do Secretário de Inspeção do Trabalho para determinar a inscrição no aludido Cadastro:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. *Suposto ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. Ilegitimidade passiva ad causam. Incompetência do STJ para processamento e julgamento do feito. Cadastro dos empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravos.*

1. O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego tão-somente instituiu, através da Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga a de escravos.

2. A Portaria n. 540, a despeito de ter criado o registro, não estabeleceu rito administrativo específico para o implemento da inscrição junto ao cadastro de empregadores. Por isso que incide o procedimento previsto no art. 626 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

3. Consectariamente, em se tratando de auto de infração envolvendo questão relativa ao descumprimento de normas que dizem respeito à segurança e à saúde do trabalhador, subjaz a competência do Secretário de Inspeção do Trabalho para o julgamento definitivo do recurso administrativo e, em último plano, determinar o inscrição do Cadastro de Empregadores. Dessarte, tem-se que o Ministro de Estado é parte ilegítima para ocupar o pólo passivo do presente writ (Precedente: MS 10.116/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 18 de dezembro de 2006).

4. a competência originária do STJ para processar e julgar mandando de segurança é fixada em razão de o ato de ministro de estado ser inerente às suas

funções, consoante a exegese da Súmula n. 177/STJ, in verbis: “O superior tribunal de justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por ministro de estado”.

5. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito em face da carência do direito de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* e, a fortiori, da manifesta incompetência absoluta desta Corte (STJ, MS 13.967/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 05/03/2009).

Processo Civil. Mandado de segurança. *Cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo. Autoridade coatora. Ausência de competência do STJ. Art. 105, I, 'b', da Constituição Federal.*

1. O Ministro de Estado cuidou, tão-somente, de instituir o Cadastro de Empregadores por meio da Portaria n. 540/2004, não tendo poder de decisão para executar o ato impugnado por meio do presente writ.

2. Ausência de competência do STJ para processar e julgar mandado de segurança originário contra ato de autoridade não elencada no art. 105, inciso I, alínea 'b', da Constituição Federal.

3. Mandado de segurança extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC (STJ, MS 14.067/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe de 11/05/2009).

Cumprir destacar que a Portaria Interministerial 2/2011 foi revogada pela Portaria Interministerial 2/2015, que, em seu art. 1º, § 2º, estabeleceu, expressamente, quanto ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, que “a organização e divulgação da relação ficará a cargo da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo - DETRAE, inserida no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, do Ministério do Trabalho e Emprego”.

A Portaria Interministerial 4/2016 – que revogou a Portaria Interministerial 2/2015 – dispõe em igual sentido, estabelecendo, no seu art. 2º, § 3º, que “a organização e divulgação do Cadastro ficará a cargo da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE), inserida no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), do Ministério do Trabalho e Previdência Social”, reforçando a argumentação acerca da ilegitimidade passiva *ad causam* do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego.

Por derradeiro, a Portaria MTB 1.293, de 28/12/2017 – que também trata da divulgação do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, estabelecido pela Portaria Interministerial 4/2016 –, igualmente dispõe, no seu art. 14, §§ 2º e 3º, que

a organização e divulgação do aludido Cadastro ficarão a cargo da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo - DETRAE, no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho.

Recentemente, o aludido entendimento pela ilegitimidade passiva do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, em situação como a dos autos, foi mantido, pela Primeira Seção desta Corte, conforme se infere das ementas dos seguintes julgados:

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Inclusão do nome da impetrante no cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo. Ilegitimidade passiva.

1. A competência originária do STJ para julgamento de mandados de segurança está taxativamente fixada no art. 105, I, 'b', da Constituição Federal.

2. Na hipótese, embora o mandado de segurança tenha sido impetrado contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, verifica-se que o ato coator, consubstanciado na inclusão do nome da impetrante no Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo, foi praticado pelo Secretário de Inspeção do Trabalho.

3. Desse modo, fica afastada a competência constitucionalmente atribuída ao STJ para o julgamento do presente mandamus. Precedentes.

4. Segurança denegada, cassada a liminar anteriormente deferida e prejudicado o agravo regimental interposto pela União (STJ, MS 21.116/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 12/02/2021).

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no mandado de segurança. Inclusão no cadastro de empregadores que submetem trabalhadores a condições análogas às de escravo. Atribuição da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT. Ilegitimidade passiva ad causam do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. Incompetência do STJ para processamento e julgamento do feito.

1. Os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, os atos de inclusão/exclusão no Cadastro de Empregadores que submetem trabalhadores a condições análogas às de escravo competem à Secretaria de Inspeção de Trabalho - SIT e não ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, razão pela qual falece competência ao STJ para processar e julgar o presente mandamus, tendo em vista a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no MS 21.158/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 04/03/2021).

Nesse contexto, ao contrário do que alega o impetrante, a fls. 652/654e, inaplicável, ao caso, a teoria da encampação. Sobre o tema, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro *José Delgado*, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento no sentido de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (a) existência de subordinação hierárquica entre a autoridade que efetivamente praticou o ato e aquela apontada como coatora, na petição inicial; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência, estabelecida na Constituição, para o julgamento do *writ*, requisito que, no presente caso, não se encontra atendido, porquanto o Secretário de Inspeção do Trabalho não possui foro por prerrogativa de função no STJ.

Nesse sentido:

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Exclusão do Simples. Competência do Secretário Estadual. Direito local. Exame. Inviabilidade. Encampação. Requisitos. Ausência.

1. O exame sobre a competência, ou não, do Secretário de Finanças estadual para o ato de exclusão do impetrante do regime do SIMPLES demandaria a análise da legislação local, no que se refere às atribuições dessa autoridade, o que é inviável em sede de recurso especial pelo óbice da Súmula 280 do STF.

2. *A aplicação da teoria da encampação para a mitigação da equivocada indicação da autoridade coatora em mandado de segurança reclama os seguintes requisitos: a) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; b) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas; c) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida.*

3. *Hipótese em que inaplicável a encampação, visto que a autoridade que praticou o ato apontado como coator não possui foro especial por prerrogativa de função, enquanto o secretário de estado a possui, impondo-se a evidente modificação na competência constitucionalmente estabelecida.*

4. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no AREsp 1.244.871/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 17/03/2021).

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de declaração no mandado de segurança. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Nulidade de atos praticados pela comissão processante na instrução do *processo administrativo disciplinar*. Autoridade coatora. Ministro de Estado da Fazenda. *Ilegitimidade passiva*. *Extinção do feito sem resolução do mérito*. Teoria da encampação. Ausência de requisitos para aplicação. 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 - Infere-se da inicial do presente Mandado de Segurança, que o Impetrante busca o reconhecimento da nulidade de administrativo disciplinar instaurado em seu desfavor, apontando como ato violador de seu direito líquido e certo a reabertura do PAD pelo Chefe do Escritório de Corregedoria na 8ª Região Fiscal. Nesse contexto, os atos impugnados, se existentes, devem ser atribuídos a esta autoridade, e não ao Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

III - Considerando-se que os atos acoimados de ilegais pelo Impetrante, foram praticados pelo Chefe do Escritório de Corregedoria na 8ª Região Fiscal, que não integra o rol de Autoridades previsto no art. 105, I, 'b', da Constituição Federal, mostra-se inviável o conhecimento do presente mandado de segurança. Precedentes.

IV - A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual, a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida. Precedentes.

V - In casu, observo ser incabível a aplicação da teoria da encampação, porquanto, não obstante exista vínculo hierárquico entre a autoridade apontada no mandamus e aquela que seria legitimada a figurar no polo passivo, haverá a modificação da competência constitucionalmente prevista.

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

VII - 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.

VIII - Agravo Interno improvido (STJ, AgInt nos EDcl no MS 23.399/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe de 11/10/2017).

Administrativo. Processual. Mandado de segurança. Ato de Chefe de Divisão. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Modificação de competência.

1. Trata-se de Mandado de Segurança contra comunicado oriundo do Ministério de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que informou pagamento a maior no valor de R\$ 20.198,63, referente ao retroativo que lhe foi pago em junho de 2006 a título de reparação econômica derivada de anistia, a ser recuperado por desconto em folha.

2. A autoridade coatora (Ministro de Estado) alega que o ato combatido foi promovido pelo Chefe da Divisão de Pagamento da Coordenação-Geral de Benefícios de Caráter Indenizatório e não passou, nem passará, por sua análise. Realmente, o ato atacado não é firmado pelo Ministro de Estado e inexistem indícios de sua competência para dispor concretamente sobre o desconto em folha de valores pagos a maior.

3. *Aplica-se a teoria da encampação em casos de Mandado de Segurança sempre que, cumulativamente, estiverem cumpridos os seguintes requisitos: a) discussão do mérito nas informações; b) subordinação hierárquica entre a autoridade efetivamente coatora e a apontada como tal pela inicial e c) ausência de modificação de competência.*

4. *O reconhecimento de que o ato fora praticado pelo Chefe de Divisão, e não pelo Ministro de Estado, importa a incompetência do STJ, nos termos do art. 105, I, 'b', da CF, e a inaplicabilidade da teoria da encampação. Precedentes do STJ.*

5. Mandado de Segurança extinto, com revogação da liminar (STJ, MS 17.435/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 01/02/2013).

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no *mandado de segurança*. Acumulação de cargos na área de saúde. Restabelecimento da jornada máxima atribuída a um dos cargos com a respectiva remuneração. Impossibilidade. Ausência de prova pré-constituída. Dilação probatória inviável na via estreita do *writ*. Direito não comprovado de plano. *Ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.*

(...)

5. Assim, além de haver divergência entre o número do processo administrativo indicado no ato apontado como coator com os demais documentos juntados, o que, por si só, já indica a deficiência da prova pré-constituída, também não foi demonstrado que o Sr. Ministro de Estado da Saúde é o responsável pelo ato que determinou a impossibilidade de acumulação de cargos, pois a sua manifestação "autorizando" a redução da jornada não traduz encampação dos motivos do outro processo administrativo, o que nem por esse motivo atrairia a competência desta Corte. *Segundo assentado pela Primeira Seção e pelas Turmas que a compõem, a teoria da encampação em sede de mandado de segurança só se aplica quando cumpridos, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) manifestação a respeito do mérito nas informações; b) subordinação hierárquica entre a autoridade que efetivamente praticou o ato e aquela apontada como coatora na petição inicial; e c) não acarrete a modificação da competência para o julgamento do writ. Precedentes:*

MS 17.435/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 01/02/2013; AgRg no RMS 33.189/PE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/02/2011; REsp 1.185.275/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/09/2011.

6. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no MS 19.461/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 21/08/2013).

Assim, exsurge a ilegitimidade passiva *ad causam* do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, porquanto o ato cuja prática se busca evitar, no presente *writ*, não se insere no âmbito de sua competência.

Ante o exposto, após exame detido dos autos e da controvérsia neles posta, reconhecendo a ilegitimidade passiva *ad causam* do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, *denego a segurança*, revogando a liminar deferida a fls. 609/615e, restando prejudicado o Agravo Regimental contra ela interposto (fls. 623/638e).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.847.731-RS (2019/0335277-5)

Relator: Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região)

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Recorrido: Luis Carlos da Silva Campos

Advogado: Vagner Stoffels Claudino - RS081332

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) - "Amicus Curiae"

Advogado: Gisele Lemos Kravchychyn e outro(s) - SC018200

Interes.: Associação Brasileira dos Advogados Previdenciários - "Amicus Curiae"

Advogado: Willyan Rower Soares e outro(s) - PR019887

Interes.: Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV - "Amicus Curiae"

Advogados: Roberto de Carvalho Santos e outro(s) - MG092298

João Osvaldo Badari Zinsly Rodrigues - SP279999

EMENTA

Processual Civil e Previdenciário. Recurso especial. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inocorrência. Cumprimento de sentença. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Desconto dos valores do benefício previdenciário recebido administrativamente. Impossibilidade. Recurso especial julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC/2015). Recurso especial da autarquia federal a que se nega provimento.

1. No recurso especial da autarquia federal discute-se a possibilidade de desconto da base de cálculos dos honorários advocatícios dos valores recebidos administrativamente pela parte autora.

2. Não houve violação do art. 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

3. A prescrição do art. 85, § 2º, do CPC/2015 sobre os critérios para o arbitramento dos honorários de sucumbência prevê o conceito de proveito econômico. Com efeito, o proveito econômico ou valor da condenação da causa não é sinônimo de valor executado a ser recebido em requisição de pagamento, mas sim equivale ao proveito jurídico, materializado no valor total do benefício que foi concedido ao segurado por força de decisão judicial conseguido por meio da atividade laboral exercida pelo advogado.

4. O valor da condenação não se limita ao pagamento que será feito do montante considerado controvertido ou mesmo pendente de pagamento por meio de requisição de pagamento, ao contrário, abarca a totalidade do proveito econômico a ser auferido pela parte beneficiária em decorrência da ação judicial.

5. Consoante entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça, os valores pagos administrativamente devem ser compensados na fase de liquidação do julgado; entretanto, tal compensação não deve interferir na base de cálculo dos honorários sucumbenciais, que deverá ser composta pela totalidade dos valores devidos (REsp 956.263/SP,

Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Quinta Turma*, DJ 3.9.2007, p. 219).

6. Os honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015, são fixados na fase de conhecimento com base no princípio da sucumbência, ou seja, em razão da derrota da parte vencida. No caso concreto, conforme constatado nos autos, a pretensão resistida se iniciou na esfera administrativa com o indeferimento do pedido de concessão do benefício previdenciário.

7. A resistência à pretensão da parte recorrida, por parte do INSS, ensejou a propositura da ação, o que impõe a fixação dos honorários sucumbenciais, a fim de que a parte que deu causa à demanda assumas as despesas inerentes ao processo, em atenção ao princípio da causalidade, inclusive no que se refere à remuneração do advogado que patrocinou a causa em favor da parte vencedora.

8. Tese fixada pela Primeira Seção do STJ, com observância do rito do julgamento dos recursos repetitivos previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015: o eventual pagamento de benefício previdenciário na via administrativa, seja ele total ou parcial, após a citação válida, não tem o condão de alterar a base de cálculo para os honorários advocatícios fixados na ação de conhecimento, que será composta pela totalidade dos valores devidos.

9. Recurso especial da autarquia federal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região), Relator

DJe 5.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região): 1. Trata-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social*, com base no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Previdenciário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução de sentença. Base de cálculo dos honorários advocatícios.

O título judicial contém dois credores: o autor, em relação ao principal; e o advogado, quanto à verba honorária. São créditos distintos, de titularidade de pessoas diversas, o que por si só afasta a vinculação entre ambos (v.g. no caso de renúncia quanto à execução do valor principal ou na hipótese de não haver diferenças a título de principal, face ao abatimento das parcelas já recebidas administrativamente a título de antecipação ou percepção de outro benefício inacumulável), devendo ser apurado o valor da condenação, mesmo que por cálculo hipotético, apenas para dimensionar o valor dos honorários, sob pena de se aviltar o direito do advogado, autônomo em relação ao principal. Precedentes (fls. 26/31).

2. Os embargos de declaração opostos pela autarquia federal foram parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento (fls. 47/51).

3. Em seu recurso especial, a ora recorrente apontou violação dos arts. 85, § 2º e 1.022 do CPC/2015. Argumentou, para tanto, que: (a) houve a negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o tribunal de origem não apreciou a tese levantada pela autarquia previdenciária acerca da possibilidade de desconto da base de cálculos dos honorários advocatícios dos valores recebidos administrativamente pela parte autora, não apreciando o sentido e alcance do art. 85, § 2º, do CPC/2015; (b) a verba honorária deve incidir sobre o valor efetivamente devido, ou seja, o valor das parcelas vencidas do benefício deferido judicialmente após a dedução daqueles recebidos na seara administrativa; (c) *o proveito econômico ou valor da condenação* refere-se ao valor do benefício em sede judicial deduzidas as parcelas já pagas administrativamente, em benefício inacumulável; (d) para parcela já quitada administrativamente não existe pretensão resistida, o que afastaria a configuração da sucumbência, dessa forma recaindo apenas sobre a vantagem conquistada com a procedência do pedido na esfera judicial.

4. Requereu ao final a reforma do julgado para *afastar da base de cálculo dos honorários advocatícios os valores já pagos administrativamente*.

5. Sem contrarrazões (fls. 65). O recurso especial foi admitido em juízo de admissibilidade prévio pelo tribunal de origem (fls. 68/69).

6. Recebido o feito nesta Corte Superior, foi indicado como representativo da controvérsia pela Comissão Gestora de Precedentes (fls. 82/83).

7. O Ministério Público Federal, em parecer acostado aos autos (fls. 88/90), manifestou-se pela admissão do presente recurso como representativo da controvérsia.

8. O recurso especial foi submetido ao julgamento da Primeira Seção, em conformidade com o art. 1.036, § 5º, do CPC/2015, sendo admitido como representativo da controvérsia e sendo suspensa a tramitação de todos os processos pendentes no território nacional que versem sobre a mesma questão, individuais e coletivos (fls. 105/112).

9. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do douto Subprocurador-Geral da República *Edson Oliveira de Almeida*, opinou pelo não provimento do recurso especial (fls. 119/121).

10. Foram deferidos os pedidos formulados para ingressar no feito como *amicus curie* da *Associação Brasileira dos Advogados Previdenciários*, *Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV* e *Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário* (fls. 225/228).

11. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região) (Relator): 1. Na origem, o INSS apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, referente ao cálculo apresentado pela parte ora recorrida. O juízo *a quo*, na decisão, não acolheu o pedido efetuado pela autarquia federal, ao argumento de que o cálculo dos honorários advocatícios deve incluir a totalidade dos valores devidos, sem a compensação dos valores pagos administrativamente. Contra essa decisão, o INSS interpôs recurso de agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento, mantendo dessa forma a decisão impugnada (fls. 28).

2. Diante disso, sobreveio recurso especial da autarquia federal em que se discute *a possibilidade de desconto da base de cálculos dos honorários advocatícios dos valores recebidos administrativamente pela parte autora.*

3. Primeiramente, não houve violação do art. 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

4. No mais, sem razão é a insurgência da autarquia federal, isso porque a base de cálculos dos honorários advocatícios não é afetada por eventuais pagamentos administrativos realizados posteriormente à propositura da ação.

5. Veja-se que a prescrição do art. 85, § 2º, do CPC/2015 prevê o *proveito econômico* como um dos critérios para o arbitramento dos honorários de sucumbência, conforme se observa no trecho destacado do dispositivo legal:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários 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: (...).

6. Em suas razões recursais, o INSS defendeu ser o proveito econômico o *valor efetivamente recebido pela parte decorrente da condenação judicial.* Todavia, o proveito econômico ou valor da condenação não é sinônimo de valor executado a ser recebido em requisição de pagamento, mas sim *equivale ao proveito jurídico, materializado no valor total do benefício que foi concedido ao segurado por força de decisão judicial,* conseguido por meio da atividade laboral exercida pelo advogado.

7. Assim, o valor da condenação não se limita ao pagamento que será feito do montante considerado controvertido ou mesmo pendente de pagamento por meio de requisição de pagamento, ao contrário, *abarca a totalidade do valor a ser auferido pela parte beneficiária em decorrência da ação judicial.*

8. Foi assim então que decidiu este Superior Tribunal de Justiça a partir do precedente inaugural, referente a essa matéria, que se deu nos autos do REsp 956.263/SP, da relatoria do eminente Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, no qual se firmou entendimento no sentido de que os valores pagos

administrativamente devem ser compensados na fase de liquidação do julgado; entretanto, tal compensação *não deve interferir na base de cálculo dos honorários sucumbenciais, que deverá ser composta pela totalidade dos valores devidos*. Eis a ementa do acórdão paradigma:

Processo Civil. Sentença condenatória. Revisão de benefício previdenciário. Execução. Valores pagos administrativamente após o ajuizamento da ação devem compor a base de cálculo do pagamento dos honorários sucumbenciais.

1. O pagamento efetuado pela Autarquia após a sua citação configura reconhecimento do pedido, que, por força do art. 26 do CPC, enseja a condenação nos ônus sucumbenciais

2. Assim, tendo ocorrido inicialmente pretensão resistida por parte do INSS, que ensejou a propositura da ação, impõe-se a incidência de honorários sucumbenciais, a fim de que a parte que deu causa à demanda, no caso, a Autarquia, arque com as despesas inerentes ao processo, especialmente os gastos arcados pelo vencedor com o seu patrono.

3. Os valores pagos administrativamente devem ser compensados na fase de liquidação do julgado, entretanto, tal compensação não deve interferir na base de cálculo dos honorários sucumbenciais, que deverá ser composta pela totalidade dos valores devidos.

4. Recurso Especial provido (REsp 956.263/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ 3.9.2007, p. 219).

9. Cito, ainda, os seguintes julgados desta Corte Superior no mesmo sentido:

Previdenciário e Processual Civil. Execução de verba sucumbencial devida pelo INSS. Sentença de conhecimento que estabelece percentual sobre o valor da condenação. Compensação com valores pagos administrativamente. Impossibilidade.

1. Segundo a jurisprudência, os valores pagos administrativamente devem ser compensados na fase de liquidação do julgado; entretanto, tal compensação não deve interferir na base de cálculo dos honorários sucumbenciais, que deverá ser composta pela totalidade dos valores devidos (REsp 956.263/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ 3.9.2007).

2. Dessa forma, eventual pagamento de benefício previdenciário na via administrativa, seja ele total ou parcial, não tem o condão de alterar a base de cálculo para os honorários advocatícios fixados na ação de conhecimento, que devem, portanto, ser adimplidos como determinado no respectivo título exequendo.

3. Agravo Interno não provido (AgInt nos EDcl no REsp 1.613.339/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.4.2017).

Previdenciário e Processual Civil. Execução de verba sucumbencial devida pelo INSS. Sentença de conhecimento que estabelece percentual sobre o valor da condenação. Compensação com valores pagos administrativamente. Impossibilidade.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, os valores pagos administrativamente devem ser compensados na fase de liquidação do julgado, entretanto, tal compensação não deve interferir na base de cálculo dos honorários sucumbenciais, que deverá ser composta pela totalidade dos valores devidos (REsp 956.263/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ 3.9.2007).

2. Dessa forma, eventual pagamento de benefício previdenciário na via administrativa, seja ele total ou parcial, não tem o condão de alterar a base de cálculo para os honorários advocatícios fixados na ação de conhecimento, que devem, portanto, ser adimplidos como determinado no respectivo título exequendo.

3. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1.435.973/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 28.3.2016).

Processual Civil e Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Inclusão de valores pagos administrativamente. Possibilidade. Precedentes do STJ. Agravo regimental não provido.

1. A decisão ora agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, pois aplicou a jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça de que os pagamentos efetuados na via administrativa após a citação devem integrar a base de cálculo dos honorários advocatícios.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.408.383/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.12.2013).

10. Além disso, os honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015, são fixados na fase de conhecimento com base no princípio da sucumbência, ou seja, em razão da derrota da parte vencida. No caso concreto, conforme constatado nos autos, *a pretensão resistida se iniciou na esfera administrativa com o indeferimento do pedido de concessão do benefício previdenciário.*

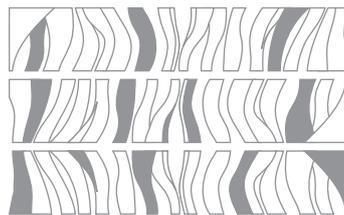
11. Indubitavelmente, tendo ocorrido a resistência à pretensão por parte do INSS, que ensejou a propositura da ação, impõe-se a incidência de honorários sucumbenciais, a fim de que a parte que deu causa à demanda, no caso, arque

com as despesas inerentes ao processo, em atenção ao princípio da causalidade, inclusive no que se refere à remuneração do advogado que patrocinou a causa em favor da parte vencedora.

12. Caso fosse adotado entendimento diverso, poderia ocorrer a situação peculiar em que o INSS, ao reconhecer o débito integral em via administrativa, posteriormente à propositura da ação de conhecimento em face de indeferimento inicial do benefício previdenciário pela Administração Pública, ficaria desincumbido do valor devido a título de honorários advocatícios ao patrono que atuou na causa judicial previdenciária.

13. Portanto, com base nos fundamentos apresentados, nego provimento ao recurso especial da autarquia federal e sugiro a fixação da tese, com observância do rito do julgamento dos recursos repetitivos previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, nos seguintes termos: *o eventual pagamento de benefício previdenciário na via administrativa, seja ele total ou parcial, após a citação válida, não tem o condão de alterar a base de cálculo para os honorários advocatícios fixados na ação de conhecimento, que será composta pela totalidade dos valores devidos.*

14. É como voto.



Primeira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.393.722-SC (2013/0222847-6)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Sérgio Luiz Maganhoto e outro

Advogados: Rude Jose Vieira - SC010053

Paulo Henrique Hostin Silva - SC008784

Recorrido: União

Interes.: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Administrativo. Terreno de marinha. Registro imobiliário. Oponibilidade em face da União. Presunção relativa. Propriedade pública constitucionalmente assegurada (CF/1988, art. 20, VII). Processo demarcatório ocorrido em 1990. Cientificação do ocupante à época do procedimento. Alegação do novo ocupante de que não foi cientificado do processo demarcatório. Não cabimento. Prescrição.

1. Hipótese em que os recorrentes sustentam, em síntese, que a área, na qual consta o imóvel, não é terreno de marinha, pois: (a) trata-se de área sobre a qual ocorreu doação do poder público para o particular; (b) deve ser afastada a prescrição, quanto ao questionamento do procedimento demarcatório, pois os recorrentes receberam a notificação/intimação pessoal da DIREP/SPU/SC n. 150/2010, em 29/1/2010, e a presente demanda foi ajuizada em 4/4/2010.

2. Conforme se extrai do acórdão recorrido, o procedimento demarcatório foi finalizado em 1990 (fl. 360) e na sentença consta que a transferência do imóvel, para os ora recorrentes, só ocorreu em 1997 (fl. 214). Assim, se não eram proprietários (interessados) ao tempo da demarcação, descabe o pedido de anulação do procedimento, por falta de notificação pessoal, notadamente porque o ocupante à época foi notificado, segundo consta do julgamento ocorrido na Corte de origem.

3. Aplica-se ao caso dos autos o entendimento assentado no REsp n. 1.183.546/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira

Seção, DJe de 29/9/2010, julgado sob o rito dos recursos especiais repetitivos, segundo o qual o registro imobiliário não é oponível contra a União para afastar o regime dos terrenos de marinha, servindo apenas como presunção relativa de propriedade particular a atrair o dever de notificar pessoalmente aqueles que constam no título como proprietários para fins de participação do procedimento de demarcação da linha preamar e a declaração do domínio público sobre a área, pois a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 20, inciso VII, atribuiu a este ente da Federação a propriedade dos referidos bens.

4. O ocupante que estava na posse do imóvel à época do procedimento demarcatório (1990) teve ciência da demarcação e não há notícia de qualquer insurgência no quinquênio posterior à finalização da demarcação. Desse modo, no momento em que os recorrentes tornaram-se ocupantes (1997), o prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932 já havia expirado, não se renovando pela transmissão do imóvel entre particulares.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 30.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no artigo 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra

acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 364, e-STJ):

Administrativo. Remessa oficial. Terreno de marinha. Joinville. Doação pela Coroa. Não caracteriza desafetação. Demarcação. Prescrição quinquenal. Intimação por edital. ADI n. 4.264. Possibilidade. Taxa de ocupação. Cobrança. Legitimidade. Título particular de propriedade. Não oponibilidade à União. Inversão da sucumbência.

1. Após o exame da legislação da época, resta claro que os terrenos de marinha não foram, incluídos na dação de pagamento do dote da Princesa Dona Francisca Carolina; a uma, porque nunca se confundiram com as terras devolutas, a duas, porque o próprio contrato de casamento ressalta que a dação observa a forma prevista de concessão de terras no Brasil.

2. No tocante à demarcação da LPM, nota-se que essa foi realizada e concluída em 1990, período de tempo superior a cinco anos em relação ao ajuizamento da presente demanda, motivo pelo qual o direito de impugnar referido procedimento está fulminado pela prescrição, nos termos do contido no artigo 1º do Decreto 20.910/32.

3. Prescrito o direito da parte autora de impugnar o procedimento demarcatório em questão, não há como afastar a cobrança da taxa de ocupação.

4. O entendimento constante da ADI n. 4.264, isto é, a intimação pessoal nos processos demarcatórios, apenas se aplica aos procedimentos posteriores à referida decisão proferida pelo e. Supremo Tribunal Federal, e não àquelas demarcações já perfectibilizadas e alcançadas pela prescrição, sob pena de, indevidamente, emprestar-se efeitos *ex tunc* ao *decisum* sufragado pela Suprema Corte.

5. A certidão do registro de imóveis não é oponível à União, ante a natureza constitucional da sua propriedade sobre as áreas de marinha. Precedentes.

6. Invertida a sucumbência, as custas processuais e os honorários advocatícios deverão ser suportados pela parte autora.

7. Apelação da parte autora improvida. Apelação da União e remessa oficial providas.

Embargos declaratórios parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento.

No apelo especial (fls. 426-455, e-STJ), os recorrentes alegam, além do dissídio jurisprudencial, a violação dos arts. 11, 13, 14 e 104, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 9.760/1946 e do art. 23 do Decreto n. 70.235/1972, aos seguintes argumentos: (a) imóvel (apartamento e vagas de garagens localizados

no Município de Joinville/SC) não está contido em área de terreno de marinha, pois se trata de área doada pela Coroa, como dote, aos nubentes (Casamento da Princesa Francisca Carolina com o Príncipe de Joinville); (b) as normas dos arts. 11, 13, 14 e 104, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 9.760/1946 e do art. 23 do Decreto n. 70.235/1972 foram violadas pela declaração da prescrição para se questionar o processo demarcatório, pois os recorrentes receberam a notificação/intimação pessoal da DIREP/SPU/SC n. 150/2010 em 29/1/2010 e a presente demanda foi ajuizada em 4/4/2010.

Com contrarrazões às fls. 536-549, e-STJ.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 570-571, e-STJ, e-STJ.

Parecer do Ministério Público Federal, que oficia nesta Corte Superior, pelo não conhecimento do recurso especial. Confira-se (fl. 641, e-STJ):

Recurso especial. Terreno de marinha. Demarcação. Registro do imóvel. Cobrança de taxa de ocupação. Área demarcada. Impossibilidade. Contrato. Casamento. Dote. Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

- Impossibilidade de exame do acervo fático-probatório para identificação precisa dos imóveis edificadas em área demarcada e as condições do dote da Princesa Dona Francisca Carolina constantes do contrato de casamento. Óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

- Parecer pelo não conhecimento recurso especial.

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Inicialmente, registra-se que “[a]os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9/3/2016)”.

Cuida-se, na origem, de ação declaratória de nulidade ajuizada pelos ora recorrentes visando ao reconhecimento de vício formal no procedimento administrativo de demarcação dos terrenos de marinha no Município de Joinville, com o consequente cancelamento dos débitos relativos à taxa de

ocupação relacionados ao RIP n. 8179 0100362-58, lançados pela Secretaria de Patrimônio da União - SPU.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para declarar que o imóvel descrito na inicial não é terreno de marinha de propriedade da União, cancelando, em consequência, os débitos relativos à taxa de ocupação constituídos contra os ora recorrentes.

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento à apelação da União e à remessa oficial para considerar a área, na qual está o imóvel (apartamento e garagens), como terreno de marinha, declarando a prescrição do direito à impugnação do procedimento de demarcação da linha do preamar médio.

Feita essa narrativa inicial, evidencia-se que a irrisignação não prospera.

A primeira tese apresentada é a de que a cadeia dominial do imóvel e, por conseguinte, o seu registro no Cartório de Imóveis, impede seja a área reconhecida terreno de marinha, de propriedade da União.

Com efeito, não obstante os recorrentes sustentarem que a área sobre a qual foi construído o imóvel é particular, porque teria passado do patrimônio público para o patrimônio privado em razão da doação do Imperador para o dote da Princesa Francisca Carolina à época do seu casamento com o Príncipe de Joinville, evidencia-se o acerto do acórdão recorrido em observar que os terrenos de marinha sempre foram considerados bens públicos pela legislação brasileira e não admitem a transferência da sua propriedade para o patrimônio particular.

Por um lado, a alegação de que não ocorreu a notificação pessoal dos recorrentes para participarem do processo demarcatório vem destituída de razoabilidade, pois o acórdão recorrido declarou que o procedimento demarcatório foi finalizado em 1990 (fl. 360) e na sentença constou que a transferência de direitos sobre imóvel, diga-se, para os recorrentes, só ocorreu em 1997 (fl. 214). Assim, se não eram proprietários (interessados) à época da demarcação, descabe o pedido de anulação do procedimento por falta de notificação pessoal, pois informa o acórdão recorrido que o ocupante, à época, foi notificado.

Aplica-se ao caso o entendimento já pacificado nesta Corte Superior, inclusive sob o rito dos recursos especiais repetitivos (REsp n. 1.183.546/ES, Primeira Seção, DJe de 29/9/2010), segundo o qual o registro imobiliário não é oponível contra a União para afastar o regime dos terrenos de marinha, servindo,

apenas, como presunção relativa de propriedade particular que atrai o dever de notificar pessoalmente aqueles que constam no título como proprietários para fins de participação do procedimento de demarcação da linha do preamar médio e a declaração do domínio público da União sobre a área, pois a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 20, inciso VII, atribuiu a este ente da Federação a propriedade dos referidos bens. Confira-se a ementa do referido julgamento:

Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Aplicação da Súmula n. 284 do STF, por analogia. Bens públicos. Terreno de marinha. Ilegalidade do procedimento demarcatório. Ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211 desta Corte Superior. Registro imobiliário. Caracterização do bem como terreno de marinha. Mandado de segurança. Via adequada. Questão meramente de direito. Oponibilidade em face da União. Caracterização do bem como propriedade particular. Impossibilidade. Propriedade pública constitucionalmente assegurada (CR/88, art. 20, inc. VII).

1. Não se pode conhecer da violação ao art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

2. A controvérsia acerca da ilegalidade do procedimento demarcatório na espécie, pela desobediência do rito específico previsto no Decreto-Lei n. 9.760/46 - vale dizer: ausência de notificação pessoal dos recorrentes - não foi objeto de análise pela instância ordinária, mesmo após a oposição de embargos de declaração, razão pela qual aplica-se, no ponto, a Súmula n. 211 desta Corte Superior.

3. No caso concreto, o mandado de segurança é via adequada para discutir a oponibilidade de registros de imóveis em face da União para fins de descaracterização do bem sobre o qual recai ônus financeiro como terreno de marinha.

4. *Esta Corte Superior possui entendimento pacificado no sentido de que o registro imobiliário não é oponível em face da União para afastar o regime dos terrenos de marinha, servindo de mera presunção relativa de propriedade particular - a atrair, p. ex., o dever de notificação pessoal daqueles que constam deste título como proprietário para participarem do procedimento de demarcação da linha preamar e fixação do domínio público -, uma vez que a Constituição da República vigente (art. 20, inc. VII) atribui originariamente àquele ente federado a propriedade desses bens. Precedentes.*

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e à Resolução n. 8/2008 (REsp 1.183.546/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29/9/2010 - grifo nosso).

Por outro lado, não há que se falar em ofensa às normas previstas nos arts. 11, 13, 14 e 104, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 9.760/1946 e do art. 23 do Decreto n. 70.235/1972, pois o art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932, que disciplina a prescrição nas relações entre a Administração Pública e os administrados, foi aplicado de forma correta pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Conforme consta no acórdão, o antigo ocupante, diga-se, aquele que ocupava o imóvel à época do procedimento demarcatório (1990), teve ciência da demarcação e não há notícia de qualquer insurgência no quinquênio posterior à finalização da demarcação. Assim, no momento em que os recorrentes tornaram-se ocupantes, em 1997, o prazo quinquenal já havia expirado, não se renovando pela transmissão do imóvel entre particulares.

Desse modo, necessário se faz manter a declaração de prescrição determinada pela Corte de origem.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.404.141-PE (2013/0311177-3)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Município de Tacaimbó

Advogados: Marcelo Trajano Alves Barros e outro(s) - BA023449

Moacir Alfredo Guimarães Neto - BA020609

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Certidão positiva com efeito de negativa. Expedição em favor do Município. Existência de débitos tributários da Câmara de Vereadores. Possibilidade. Julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal sob o signo da repercussão geral.

Tema 743/STF. Juízo de retratação pelo próprio STJ. Adequação ao quanto decidido pelo STF. Recurso especial do Fisco Federal desprovido.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *RE 770.149/PE* (Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, DJe 1º/10/2020), com repercussão geral reconhecida, firmou a tese de que “É possível ao Município obter certidão positiva de débitos com efeito de negativa quando a Câmara Municipal do mesmo ente possui débitos com a Fazenda Nacional, tendo em conta o princípio da intranscendência subjetiva das sanções financeiras” (*Tema 743/STF*), a cuja compreensão se deve adequar o pretérito e contrário entendimento do STJ.

2. Juízo de retratação exercido nestes autos (artigo 1.040, II, do CPC/2015), em ordem a se negar provimento ao recurso especial da *Fazenda Nacional*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, em juízo de retratação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 2.3.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial manejado pela *Fazenda Nacional* com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão

proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fl. 300):

Constitucional. Tributário. Município. Dívida previdenciária da Câmara dos Vereadores. Emissão de certidão de regularidade fiscal. Possibilidade. Precedentes desta e. Corte.

1. “A Constituição Federal/1988 consagrou a independência e a autonomia administrativo-financeira entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Não se pode, assim, responsabilizar a Prefeitura (Executivo Municipal) por obrigações de responsabilidade da Câmara da Comuna (Legislativo Municipal)” (Apelreex 5.299-PE, Terceira Turma, Des. Geraldo Apoliano, DJe 25/02/2011). Outros precedentes no mesmo sentido: AGTR 115.160-PE, Rel. Des. Manoel Erhardt, DJe 29.07.2011, AC 485.419, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJe 14.12.2010, AC 477.790, Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins, DJ 30.11.2010, AG 108.698, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJ 10.11.2010.

2. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial improvidas.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 305/309).

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente aponta ofensa aos arts. 12, 535 do CPC/73; 121, 205, 206 do CTN; e 41 do CC. Sustenta, em síntese: (I) negativa de prestação jurisdicional e (II) impossibilidade de concessão de CND ou de CPDEN para o município, em virtude de débitos existentes na Câmara Municipal.

Houve contrarrazões (fls. 324/362).

O especial apelo vertente foi inicialmente julgado por decisão monocrática (fls. 372/376). Naquela oportunidade, afastou-se a tese de negativa de prestação jurisdicional pela Corte de origem, porém foi dado provimento ao recurso quanto à questão de fundo, com amparo na jurisprudência remansosa de ambas as Turmas da Primeira Seção, no sentido de que o Município, órgão da administração pública dotado de personalidade jurídica, tem a legitimidade para responder pelas dívidas contraídas pela Câmara de Vereadores, ainda que na esfera administrativa, daí por que, *no caso*, sendo o Município de Tacaimbó - PE responsável pelo pagamento dos débitos tributários contraídos pela Câmara de Vereadores e existindo dívida tributária, não se revela possível a expedição de Certidão Negativa de Débito - CND ou Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa - CPD-EN em favor do ente público, sendo, portanto, legítima a recusa por parte da *Fazenda Nacional*.

O referido *decisum* unipessoal viu-se depois confirmado pela Primeira Turma deste Sodalício, nos termos da seguinte ementa (fl. 439):

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Município. Dívida da Câmara dos Vereadores. Certidão de regularidade fiscal. Impossibilidade.

1. As Turmas integrantes da Primeira Seção de Direito Público desta Corte possuem o entendimento no sentido de que o Município, órgão da administração pública dotado de personalidade jurídica, tem a legitimidade para responder pelas dívidas contraídas pela Câmara de Vereadores, ainda que na esfera administrativa. Precedentes: *AgRg no REsp 1.303.395/PE*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/06/2012; *AgRg no REsp 1.299.469/AL*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/04/2012; *REsp 1.164.017/PI*, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 06/04/2010 e *REsp 1.109.840/AL*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/06/2009.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Foram opostos embargos de declaração (fls. 444/463), os quais terminaram por ser rejeitados (fls. 465/471).

Inconformado, o *Município de Tacaimbó - PE* manejou recurso extraordinário (fls. 475/511).

Em 25/8/2015, a vice-Presidência do STJ determinou o sobrestamento do recurso extraordinário do Município até o julgamento definitivo da matéria relativa ao *Tema 743/STF*, objeto de análise no *RE 770.149/PE*.

Por fim, aos 17 de novembro de 2020, a vice-Presidência do STJ proferiu decisão (fls. 535/537), determinando a devolução dos autos a esta Primeira Turma, para fins do disposto no artigo 1.040, II, do CPC/2015, por verificar “que o entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça destoa, em princípio, do *Tema 743/STF*, segundo o qual ‘é possível ao Município obter certidão positiva de débitos com efeito de negativa quando a Câmara Municipal do mesmo ente possui débitos com a Fazenda Nacional, tendo em conta o princípio da intranscendência subjetiva das sanções financeiras”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Passo a novo julgamento do recurso especial fazendário.

Em juízo de retratação, verifico que o raro apelo da *Fazenda Nacional* não merece acolhimento.

Quanto à questão de fundo, na anterior apreciação deste feito, o STJ decidira ser legítima a recusa da *Fazenda Nacional* em expedir, em favor do ente municipal, certidão positiva com efeitos de negativa na hipótese em que existentes débitos tributários da Câmara de Vereadores, ao entendimento de que o Município, órgão da administração pública dotado de personalidade jurídica, tem a legitimidade para responder pelas dívidas contraídas pelo Órgão Legislativo Municipal, ainda que na esfera administrativa.

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento do mencionado *RE 770.149/PE*, sob o signo da repercussão geral, enfrentou a questão jurídica trazida no presente feito, firmando a tese de que “É possível ao Município obter certidão positiva de débitos com efeito de negativa quando a Câmara Municipal do mesmo ente possui débitos com a Fazenda Nacional, tendo em conta o princípio da intranscendência subjetiva das sanções financeiras” (*Tema 743/STF*).

Confira-se, a propósito, a respectiva ementa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema 743. Direito Financeiro. Separação dos poderes. Autonomia financeira. Inscrição cadastros de inadimplentes. Princípio da intranscendência de sanções.

1. A autonomia financeira dos Poderes veda limitação de despesas por outro Poder conforme decisão proferida na ADI n. 2.238, DJe 15 set. 2020. 3. A jurisprudência da Corte está orientada no sentido de que a imposição de sanções ao Executivo estadual em virtude de pendências dos Poderes Legislativo e Judiciário locais constitui violação do princípio da intranscendência, na medida em que o Governo do Estado não tem competência para intervir na esfera orgânica daquelas instituições, que dispõem de plena autonomia institucional a elas outorgadas por efeito de expressa determinação constitucional. Precedentes. (RE 1.254.102 - AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 17 jun. 2020; RE 1.263.840 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 14 ago. 2020; RE 1.263.645 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 06 ago. 2020; RE 1.214.919 AgR-segundo, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 11.10.19).

3. Tese fixada em repercussão geral (Tema n. 743): “É possível ao Município obter certidão positiva de débitos com efeito de negativa quando a Câmara Municipal do mesmo ente possui débitos com a Fazenda Nacional, tendo em conta o princípio da intranscendência subjetiva das sanções financeiras.”

4. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(RE 770.149/PE, Relator(a): Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-241 divulg 01-10-2020 public 02-10-2020)

Nesse compasso, à vista de que a Excelsa Corte adotou entendimento em sentido diametralmente oposto ao que antes decidido nesta Corte Superior, faz-se de rigor que o juízo de retratação seja feito por este próprio Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, em juízo de *retratação* a que alude o art. 1.040, II, do CPC/2015, *nego* provimento ao recurso especial da *Fazenda Nacional*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.452.963-SC (2014/0106753-6)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Fazenda Nacional
Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Recorrido: Busscar Ônibus S/A - em Recuperação Judicial
Repr. por: Instituto Professor Rainoldo Uessler Sociedade Simples
Advogado: Gustavo Buettgen e outro(s) - SC028909

EMENTA

Tributário. Imposto sobre Operações Financeiras - IOF. Câmbio. Vinculação à exportação. Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC). Operação de crédito. Fato gerador. Inexistência.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo 2).

2. Nos termos do art. 63, II, do CTN constitui fato gerador do IOF a liquidação do contrato de câmbio, de modo que somente quando há a efetiva troca de moeda é cabível a incidência do tributo.

3. No Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC), a instituição financeira se obriga a pagar, em reais e no momento estabelecido na avença, pela moeda estrangeira comprada a termo, ou seja, paga-se antecipadamente, de forma total ou parcial, pelo valor correspondente ao câmbio, que se efetivará no futuro.

4. No âmbito das exportações, a venda de mercadorias e serviços é formalizada, em regra, mediante um contrato firmado entre a empresa nacional e o adquirente estrangeiro, sendo o pagamento realizado pela moeda do país importador.

5. Considerando que o exportador brasileiro deve receber o valor em moeda corrente brasileira, há de ser feita a operação de câmbio, a ser intermediada por instituição financeira, podendo-se formular um ACC, para antecipar esse valor, sujeitando-se aos seus consectários pertinentes.

6. O ACC não representa uma operação de crédito, embora não se negue a antecipação de numerário que ele representa, cuidando, na verdade, de uma operação de câmbio de forma antecipada, e assim deve ser tributada, pois vinculada a compra a termo de moeda estrangeira, de modo que se apresenta incabível a pretensão de que incida IOF sobre crédito no momento da formalização desse contrato.

7. Em se tratando de operação de câmbio vinculada às exportações, sempre foi observada a alíquota (zero) de IOF, seguindo a orientação constitucional de que não se exporta tributos (arts. 149, § 2º, I; 153, § 3º, III; e 155, § 2º, X, “a”, da Constituição Federal).

8. Hipótese em que não se mostra cabível a pretensão de que incida a regra que estabelecia percentual de 0,38% sobre o ACC, durante a vigência do Decreto n. 6.338/2008.

9. Recurso especial conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Benedito Gonçalves

(Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 1º.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto pela *Fazenda Nacional* com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (e-STJ fl. 457):

Tributário. Cobrança de IOF sobre Adiantamento de Contrato de Câmbio. Fato gerador. Decreto n. 6.339/08. Ilegalidade.

1. Somente a liquidação de contrato de câmbio contratado no exterior constitui fato gerador do IOF, de acordo com o artigo 63, II, do CTN. Precedentes do STJ.

2. A assinatura de contrato de adiantamento de câmbio - ainda que esta seja uma operação bancária - não é hipótese de incidência do tributo, por mais que o Decreto n. 6.339/08 ilegalmente tenha assim disposto. Por conseguinte, antes da liquidação do contrato de câmbio (troca da moeda) não existe o fato gerador.

3. Sentença mantida.

A recorrente sustenta violação dos arts. 63, I e II, do CTN e 3º, § 1º, I, e 8º, XVII e § 5º, do Decreto n. 6.307/2007. Defende que o “Adiantamento sobre Operações de Crédito (ACC) é um empréstimo em moeda nacional dos recursos a serem recebidos como pagamento da exportação antes do embarque das mercadorias. É um financiamento concedido por agente financeiro” (e-STJ fl. 464).

Argumenta que o “fato de constar a palavra câmbio no nome do contrato, e de se relacionar a um contrato de câmbio a ser futuramente liquidado, não lhe retira a natureza de contrato de crédito” (e-STJ fl. 465).

Segue aduzindo que, nesse contexto, por ser uma operação de crédito, tem como fato gerador “a entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado”

(e-STJ fl. 466), devendo incidir, nesse momento, a alíquota de 0,38%, que entende ser aplicável, e não quando houver a efetiva liquidação da operação de câmbio, conforme entendeu o Tribunal de origem.

Contrarrazões às e-STJ fls. 534/541.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Nos termos do que decidido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2).

Feita essa anotação, o recurso especial origina-se de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou provimento à apelação e à remessa oficial, a fim de manter a sentença que, em autos de ação declaratória cumulada com repetição de indébito, julgou incabível a incidência de Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Título ou Valores Mobiliários (IOF) sobre o denominado “Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC)”.

Segundo o entendimento que prevaleceu no acórdão recorrido, incide IOF tão somente na liquidação do contrato, quer dizer, no momento em que ocorre o pagamento, pelo importador ao exportador nacional, da quantia devida em função do contrato de compra e venda formulado entre as partes, o que se dá após o recebimento da mercadoria.

Sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, dispõe o CTN, no que interessa:

Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

[...]

II - quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação

à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

[...]

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

[...]

II - quanto às operações de câmbio, o respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição;

[...]

Art. 65. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.

Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

A Lei n. 8.894/1994 dispõe sobre o IOF, *in verbis*:

Art. 5º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF), incidente sobre operações de câmbio será cobrado à alíquota de vinte e cinco por cento sobre o valor de liquidação da operação cambial.

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá reduzir e restabelecer a alíquota fixada neste artigo, tendo em vista os objetivos das políticas monetária, cambial e fiscal.

Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

Parágrafo único. As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto.

O Decreto n. 6.306/2007, que regulamenta o IOF:

Art. 2º O IOF incide sobre:

[...]

II - operações de câmbio (Lei n. 8.894, de 21 de junho de 1994, art. 5º);

[...]

Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei n. 5.172, de 1966, art. 63, inciso I).

[...]

Art. 11. O fato gerador do IOF é a entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este (Lei n. 5.172, de 1966, art. 63, inciso II).

Parágrafo único. Ocorre o fato gerador e torna-se devido o IOF no ato da liquidação da operação de câmbio.

Art. 12. São contribuintes do IOF os compradores ou vendedores de moeda estrangeira nas operações referentes às transferências financeiras para o ou do exterior, respectivamente (Lei n. 8.894, de 1994, art. 6º).

Parágrafo único. As transferências financeiras compreendem os pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, independentemente da forma de entrega e da natureza das operações.

Art. 13. São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional as instituições autorizadas a operar em câmbio (Lei n. 8.894, de 1994, art. 6º, parágrafo único).

Muito embora a Lei n. 8.894/1994 preconize que a alíquota máxima será de 25%, cabe acrescentar que, atualmente, por força do art. 15-B do Decreto n. 6.306/2007, incluído pelo Decreto n. 8.325/2014, a alíquota do IOF sobre operação de câmbio é de 0,38%. Todavia, nas operações de câmbio relativas ao ingresso no País de receitas de exportação de bens e serviços, permanece a alíquota 0%, nos termos do inciso I do mencionado artigo.

Na presente ação declaratória cumulada com repetição de indébito, busca a autora, ora recorrida, afastar a exigência, contida na alteração promovida pelo Decreto n. 6.339/2008, que estabeleceu, em seu art. 8º, § 5º, a alíquota de 0,38% sobre as operações de “Adiantamento sobre Contrato de Câmbio”.

Em outras palavras, o Decreto n. 6.306/2006 sofreu alterações ao longo do tempo. De início, a alíquota que incidia sobre operação de Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC) era igual a zero. Durante a vigência do Decreto n. 6.338/2008 (entre 03/01/2008 e 12/03/2008), foi majorada para 0,38%. No entanto, retornou a ser zero com o advento do Decreto n. 6.391/2008. Daí a propositura da ação em exame.

Nos termos do art. 63, II, do CTN constitui fato gerador do IOF a liquidação do contrato de câmbio. Assim, somente quando há a efetiva troca de moeda é cabível a incidência do tributo.

A base de cálculo, nos termos do art. 64, II, do CTN, é representada pelo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição do contribuinte.

Tanto os compradores quanto os vendedores de moeda estrangeira são contribuintes do tributo, à luz do art. 12 do Decreto n. 6.306/2007. Contudo, o parágrafo único desse artigo é bem claro ao prescrever que “As transferências financeiras compreendem os pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, independentemente da forma de entrega e da natureza das operações”. A instituição financeira figura como responsável tributário.

In casu, questiona-se se poderia incidir o IOF no momento em que o exportador realiza, com instituição financeira, o denominado “Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC)”, vinculado à exportação de bens e serviços.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 365.778/RS examinou controvérsia relativa à pretensão do Banco do Brasil S.A. de suspender a execução fiscal, até que fosse concluída ação de restituição de Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC) proposta contra a executada, empresa em processo de falência.

Eis a ementa do referido acórdão:

Recurso especial. Execução fiscal e falência. Pedido de sobrestamento formulado pelo banco credor de Adiantamento de Contrato de Câmbio. Alegação de preferência na restituição. Indeferimento.

1. A execução fiscal não fica paralisada em face da decretação da quebra no juízo, *soi disant*, universal. O juízo da execução fiscal é privilegiado, por isso que a Fazenda Pública não se sujeita ao concurso de credores nem à habilitação. Exegese dos artigos 5º e 29 da LEF (Lei 6.830/80).

2. O Banco credor por adiantamento de contrato de câmbio não tem legitimidade para intervir na execução fiscal pleiteando a sua sustação, porquanto ingressa por interesse próprio e econômico, motivações que desamparam a intromissão na qualidade de *assistente simples*. Deveras, o assistente simples não deduz direito próprio e tampouco formula pedido. A pretensão de recebimento prioritário de crédito ou restituição de dinheiro compete única e exclusivamente ao juízo falimentar quando formulado por suposto credor do falido.

3. Contrato de câmbio. Adiantamento. Através do contrato de câmbio “os bancos que operam com câmbio concedem aos exportadores os Adiantamentos sobre os Contratos de Câmbio (ACC), que consistem na antecipação parcial ou total dos reais equivalentes à quantia em moeda estrangeira comprada a termos desses exportadores, pelo Banco. O ACC poderá ocorrer e desdobrar-se em duas fases. Primeira fase: concessão do adiantamento pelo banco em até 180 (cento e oitenta dias antes) do embarque da mercadoria, caracterizando-se como um financiamento à produção, embora perdendo a desvalorização cambial posterior que possa ocorrer. Segunda fase: a mercadoria já está pronta e embarcada, até

60 após o embarque. Entretanto, poderá o exportador (vendedor) requerer o adiantamento da obrigação do banco - antecipação do pagamento em moeda nacional, que deverá, obrigatoriamente, ser averbado no próprio instrumento do contrato de câmbio". "O Comunicado Bacen/Gecam n. 331, de 01.11.1976, define esta operação, dizendo, em seu art. 45, que o adiantamento sobre o contrato de câmbio configura uma antecipação parcial ou total, por conta do preço em real da moeda estrangeira comprada a termo, pelo Banco negociador".

4. Deflui da dinâmica do referido contrato que se o negócio de exportação correr normalmente, o banco recebe de volta o valor adiantado, tão logo receba a moeda estrangeira remetida pelo banco do importador estrangeiro. No entanto, pode ocorrer que a exportação não seja efetuada por falência do exportador brasileiro; pode ser também que o exportador brasileiro venha a entrar em regime de concordata. No primeiro caso (falência) o negócio de exportação provavelmente não se realizará e, desta forma, o banco não receberá as divisas estrangeiras, que não serão pagas pelo importador estrangeiro, que não recebeu a mercadoria. No segundo caso (concordata), independentemente da exportação vir ou não a ser cumprida integralmente, surge em favor do banco o direito à restituição do valor adiantado, não precisando o banco submeter-se à forma de pagamento estabelecida na concordata.

5. A exegese do § 3º, do art. 75, da Lei de Mercado de Capitais que deu ensejo às Súmulas 133 do STJ e 495 do STF *pressupõe a falência do exportador e a não entrega do bem*, por isso que o Banco que adiantara as somas, nada receberá, ressoando justa a restituição.

6. Diversamente, entregue a mercadoria ou embarcada, o Banco subroga-se no crédito do exportador, arrecadando-se o importe adiantado como bem da massa. Desta sorte, ainda que a instituição pretenda reaver a importância, deverá habilitar-se como credora, haja vista encerrar, nesse caso, a operação, negócio semelhante ao mútuo feneratício com cláusula especial de câmbio.

7. Consoante assentado no REsp n. 24.477-1/RS *"cumpre não valorizar, além do explicitamente previsto, a situação jurídica da instituição financeira, colocando sem limite o pedido de restituição de dinheiro em potencial prejuízo aos créditos privilegiados derivados das relações trabalhistas, previdenciárias ou fazendárias"*.

8. Entretanto, como ressaltado pelo Ministro Teori Zavascki:

"1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido do reconhecimento do direito à restituição das quantias relativas a adiantamento de contrato de câmbio, tal como previsto no art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65, afirmando ainda sua prioridade em relação a quaisquer créditos da massa, "porquanto representam, na verdade, dinheiro de terceiro em poder da pessoa jurídica concordatária" (REsp 533.522/RS, 4ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 03.11.2003).

2. Segundo a orientação firmada pela Corte Especial no julgamento do REsp 188.148/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 27.05.2002, a compatibilização

entre as regras da não-sujeição dos créditos fiscais ao juízo falimentar e da prioridade na satisfação, em relação a esses, dos créditos trabalhistas faz-se, na hipótese de quebra superveniente à execução, mediante a entrega das somas aí apuradas ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuída com observância das preferências e das forças da massa.

3. Trata-se de solução plenamente aplicável ao caso concreto, em que se busca compatibilizar a regra da continuidade do executivo fiscal com a preservação da prioridade absoluta das quantias objeto do direito de restituição (ou, mais precisamente, da viabilidade da satisfação de tal direito, cuja existência pende de certificação, em ação própria, ajuizada perante o juízo da falência)."

9. Recurso especial provido para para determinar a reversão dos valores arrecadados na execução fiscal ao juízo falimentar.

(REsp 365.778/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/09/2005, DJ 10/10/2005).

Naquele caso, não obstante tenha analisado tema diverso do que se apresenta na presente hipótese, o eminente Ministro *Luiz Fux*, valendo-se de doutrina abalizada, bem demonstrou as características do Adiantamento sobre Contrato de Câmbio. Do voto condutor do julgado, extraio o seguinte excerto, que bem demonstra essa compreensão:

Eduardo Fortuna (ob. cit., p. 205) explica: "Os bancos que operam com câmbio concedem aos exportadores os Adiantamentos sobre os Contratos de Câmbio (ACC), que consistem na antecipação parcial ou total dos reais equivalentes à quantia em moeda estrangeira comprada a termos desses exportadores, pelo Banco. O ACC poderá ocorrer e desdobrar-se em duas fases. Primeira fase: concessão do adiantamento pelo banco em até 180 (cento e oitenta dias antes) do embarque da mercadoria, caracterizando-se como um financiamento à produção, embora perdendo a desvalorização cambial posterior que possa ocorrer. Segunda fase: a mercadoria já está pronta e embarcada, até 60 após o embarque. (...) Entretanto, poderá o exportador (vendedor) requerer o adiantamento da obrigação do banco - antecipação do pagamento em moeda nacional, que deverá, obrigatoriamente, ser averbado no próprio instrumento do contrato de câmbio". Conforme anota o autor, o O Comunicado Bacen/Gecam n. 331, de 01.11.1976, define esta operação, dizendo, em seu art. 45, que o adiantamento sobre o contrato de câmbio configura uma antecipação parcial ou total, por conta do preço em real da moeda estrangeira comprada a termo, pelo Banco negociador. (...) aqui o funcionamento prático do adiantamento em contrato de câmbio para exportação.

(...)

Como se vê, se o negócio de exportação correr normalmente, o banco recebe de volta o valor adiantado, tão logo receba a moeda estrangeira remetida pelo banco do importador estrangeiro.

No Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC), a instituição financeira se obriga a pagar, em reais e no momento estabelecido na avença, pela moeda estrangeira comprada a termo. Em outras palavras, paga-se antecipadamente, de forma total ou parcial, pelo valor correspondente ao câmbio para efetivar no futuro.

O Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais, expedido pelo Banco Central do Brasil, esclarece que: “O adiantamento sobre contrato de câmbio constitui antecipação parcial ou total por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada para entrega futura, podendo ser concedido a qualquer tempo, a critério das partes”. Texto extraído do seguinte site eletrônico: https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/cambiocapitais/normas_cambio/rmcci/RMCCI-1-03.pdf

No âmbito das exportações, a venda de mercadorias e serviços é formalizada, em regra, mediante um contrato firmado entre a empresa nacional e o adquirente estrangeiro. O pagamento é realizado pela moeda do país importador. Todavia, o exportador brasileiro deve recebê-lo em moeda corrente brasileira, recebida por operação de câmbio, a ser intermediada por instituição financeira. De acordo com o seu interesse, pode formular um ACC, para antecipar esse valor, sujeitando-se aos seus consectários pertinentes.

Com efeito, o ACC representa uma antecipação da obrigação contratual formulada com a instituição financeira, que tem por objeto pagar ao exportador o preço em moeda nacional da moeda estrangeira adquirida para entrega futura.

Conclui-se que há um liame, um vínculo indissociável, entre o ACC e a operação de câmbio, na medida em que se antecipa para o exportador nacional uma importância que irá se concretizar com o recebimento da moeda estrangeira, advinda da efetiva exportação dos bens ou serviços.

Nesse contexto, o ACC não representa uma operação de crédito, a despeito das alegações da Fazenda Nacional, embora não se negue a antecipação de numerário que ela representa. Trata-se de uma operação de câmbio de forma antecipada, e assim deve ser tributada, pois vinculada a compra a termo de moeda estrangeira.

Em se tratando de operação de câmbio vinculada às exportações, sempre foi observada a alíquota (zero) de IOF, seguindo a orientação constitucional de que não se exporta tributos (arts. 149, § 2º, I; 153, § 3º, III; e 155, § 2º, X, “a”, da Constituição Federal), de modo que não se mostra cabível a pretensão de

que incida a regra que estabelecia percentual de 0,38 % sobre o ACC, durante a vigência do Decreto n. 6.338/2008.

Essas questões foram bem dirimidas pelo Tribunal de origem que, ao transcrever excerto da sentença, asseverou (e-STJ fl. 455):

Assim, nem o CTN, nem a Lei n. 8.894/94 prevêm a contratação de ACC como fato gerador do IOF, mas sim a entrega [e a entrega para mim só pode ser considerada a entrega, no caso, da moeda pelo importador de produtos da Busscar, e não o 'adiantamento', pela instituição financeira, de modo a financiar a produção] de moeda estrangeira ou seu equivalente em moeda nacional.

Poder-se-ia pensar que a contratação do ACC caiba na definição do fato gerador do inciso I ao art. 63 do CTN - IOF sobre operação de crédito. Penso que não, em razão da especificidade da questão. Se estamos tratando de IOF Câmbio, o adiantamento, por instituição financeira, do dinheiro a vir do exterior apenas antecipa um numerário que, efetivamente, só entrará na esfera de propriedade do contribuinte quando da liquidação do câmbio, e penso que somente neste momento é que se dá a hipótese de incidência, como, aliás, prevê o art. 3º do Dec. 6.306/07, em que nesse caso, o IOF seria entendido devido na data do registro efetuado em conta devedora por crédito liquidado no exterior.

Parece-me também de lógica a questão, ao pensarmos que se a empresa exportadora não precisasse do adiantamento financeiro para custear o processo produtivo, arcando com os custos do processo produtivo às suas expensas, haveria incidência apenas na liquidação do contrato de câmbio. Teríamos uma discriminação inaceitável, e no caso concreto, a Busscar, que se sabe por notório em Joinville, está em difícil situação financeira, inclusive em processo de recuperação judicial, seria prejudicada exatamente por estar com dificuldades financeiras e precisar adiantado um dinheiro vindo do exterior e que lhe pertence. Se estivesse em ótima situação financeira, e pudesse arcar com a produção às suas expensas, sem contratar ACC, não seria tributada.

Por fim, a própria lógica do comércio exterior - não se exportam tributos - ficaria solapada com a dupla incidência.

Desse modo, não deve prosperar a alegada violação do direito federal. É incabível a pretensão de que incida a regra que estabelecia percentual de 0,38% sobre o ACC vinculado às exportações, durante a vigência do Decreto n. 6.338/2008, de modo que o acórdão recorrido deve ser mantido.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.641.107-PA (2016/0314608-2)

Relator: Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região)

Recorrente: Centrais Elétricas Brasileiras S/A

Advogados: Antônio Vieira Sias - RJ052317

Cleber Marques Reis e outro(s) - RJ075413

Advogada: Liana Fernandes de Jesus - RJ116830

Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A Eletronorte

Advogados: Márcio Beze - DF021419

Poliana das Graças Silva e outro(s) - DF022046

Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-Ibama

Recorrente: União

Recorrido: Ministério Público Federal

Litis.Ativ: Associação Indígena Korina Juruna da Aldeia Pakissamba

Litis.Ativ: Associação Indígena Juruna Unidos da Volta Grande do Xingu

Litis.Ativ: Associação de Resistência Indígena Arara do Maia

Litis.Ativ: Associação Indígena Arara Unidos da Volta Grande do Xingu

Litis.Ativ: Associação Yudja Mitaru da Volta Grande do Xingu

Advogados: Luiz Alex Monteiro dos Santos - AP001341

Jose Diogo de Oliveira Lima e outro(s) - PA016448

André Augusto Gastaldon Rios - PA027155B

Soc. de Adv.: Oliveira Lima Sociedade Individual de Advocacia

EMENTA

Constitucional, Administrativo e Ambiental. Recursos especiais em ação civil pública ajuizada pelo MPF. Questionamento formal em relação ao processo legislativo que culminou com a promulgação do Decreto Legislativo 788/2005, autorizando a implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte. Recurso regido pela sistemática do CPC/1973. Admissão das associações indígenas na qualidade de litisconsortes facultativas do MPF. Art. 5º, § 2º da Lei 7.347/1985. Matéria de fundo discutida na demanda que ostenta

natureza constitucional, não podendo ser apreciada em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Alegação de coisa julgada por ofensa ao art. 467 do CPC/1973 desprovida face à natureza jurídica do processo de suspensão, que trata apenas do momento de exequibilidade do provimento antecipatório, ante a circunstâncias sociais, não incursionando no mérito da matéria. Inexistência de coisa julgada material. As demais alegações formuladas pelas partes recorrentes não são aptas a serem conhecidas, dada a incidência de vários óbices, tais como a ocorrência de alegações genéricas, a ausência de prequestionamento e a perda do objeto. Parecer ministerial pela negativa de provimento dos apelos. Recursos especiais do Ibama e da União não conhecidos e apelos raros da Eletronorte e da Eletrobrás conhecidos em parte e desprovidos na parte conhecida.

1. No sistema da Ação Civil Pública, pode um colegitimado ativo ser posteriormente admitido como litisconsorte, sem que haja ampliação objetiva da lide e recebendo os autos no estado em que se encontram, pois age representando os titulares de um direito transindividual e não em nome próprio, a teor do art. 5º, § 2º da Lei 7.347/1985. Ratificada a admissão nesta qualidade. Nesse mesmo sentido, precedente específico monocrático: TutPrv no REsp 1.658.274/PA, Rel. Min. *Regina Helena Costa*, DJe 28.11.2019.

2. As alegações tendentes a imputar vício formal ao acórdão recorrido foram formuladas de maneira genérica, sem a necessária e indispensável indicação precisa dos vícios e prejuízos deles decorrentes, de modo a atrair a aplicação da Súmula 284/STF, ensejando o seu não conhecimento. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.539.743/MG, Rel. Min. *Og Fernandes*, DJe 22.10.2015 AgRg no AREsp 533.421/PE, Rel. Min. *Sérgio Kukina*, DJe 13.3.2015, dentre outros.

3. Não se verifica a ocorrência do indispensável prequestionamento da alegação de necessidade de intimação pessoal acerca do pautamento dos embargos de declaração na origem, bem como da oportunização de sustentação oral em função das peculiaridades do caso. Apesar de opostos novos aclaratórios sobre a matéria, não se alegou a nulidade deste último julgamento por omissão, impedindo a sua apreciação pela incidência da Súmula 211/STJ.

4. No tocante ao argumento referente à determinação de execução imediata do acórdão recorrido, houve a perda superveniente deste objeto, ante a concessão pelo STF de medida liminar nos autos da Rcl 14.404 MC/DF, Rel. Min. *Ayres Britto*, DJe 30.8.2012.

5. Nega-se provimento à alegação de violação da coisa julgada advinda da decisão proferida pelo STF nos autos da SL 125/2006, porquanto tal decisão apenas analisa a possibilidade de execução imediata do provimento antecipatório face às circunstâncias sociais especificadas na legislação, não havendo falar-se em coisa julgada, ainda que se tenha feito consideração sobre o mérito da causa.

6. Os argumentos relativos à violação da cláusula de reserva de plenário estão manifestamente voltados à interpretação e à extensão do artigo 97 da Constituição Federal, diante do que prescreve a Súmula Vinculante n. 10, inexistindo, nos dispositivos infraconstitucionais apontados como violados, comando normativo apto a modificar o entendimento sufragado no julgado recorrido, incidindo, portanto, o óbice da Súmula 284/STF.

7. Consoante a jurisprudência dominante deste STJ, a alegação de divergência jurisprudencial fica prejudicada quando houver, em relação ao mesmo tema, sido aplicado óbice de conhecimento no âmbito da violação legal, Na hipótese, fica prejudicado o dissídio, já que verificada a ausência de prequestionamento - item 3, supra.

8. As demais alegações dizem com o mérito da causa, acerca da Convenção 169/OIT e respectivos decretos, temas estes que foram apreciados pela egrégia Corte mediante a análise constitucional da interpretação do efetivo cumprimento do que dispõem os arts. 231, § 2º e 225, § 1º, IV da CF/1988, e, portanto, não podem ser objeto de análise pelo STJ em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes do STJ: AgInt nos EAREsp 1.460.479/SC, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Corte Especial*, julgado em 25/08/2020, DJe 02/09/2020 e EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Corte Especial*, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

9. Recursos Especiais do *Ibama* e da *União* não conhecidos e Apelos Raros da *Eletronorte* e da *Eletrobrás* conhecidos em parte

e, nessa parte, desprovidos. Prejudicado o Agravo Interno de fls. 5.448/5.694.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, por unanimidade, não conhecer dos recursos especiais do Ibama e da União e conhecer em parte dos recursos especiais da *Eletronorte* e da *Eletronorte* e, nessas extensões, negar-lhes provimento, julgando prejudicado o agravo interno de e-STJ fls. 5.448/5.694, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região), Relator

DJe 30.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região): 1. Trata-se de quatro Recursos Especiais interpostos por *Eletronorte-Centrals Elétricas do Norte do Brasil S.A.* (fls. 2.642/2.696); *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-Ibama* (fls. 3.059/3.085); *Eletronorte-Centrals Elétricas Brasileiras S.A.* (fls. 3.086/3.140), e; *União* (fls. 3.254/3.276), alegando os três primeiros apenas a violação legal e o último, também a divergência jurisprudencial. Todos em adversidade ao acórdão prolatado, em sede de Embargos de Declaração, pelo egrégio TRF da 1ª Região, assim ementado:

Constitucional, Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Embargos de declaração. Exploração de recursos energéticos em área indígena. Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará. Autorização do Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 788/2005) desprovida de audiência prévia

das comunidades indígenas afetadas. Violação à norma do § 30 do art. 231 da Constituição Federal c/c os arts. 3o., item 1, 4o., itens 1 e 2, 6o., item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7o., itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2, da Convenção n. 169/OIT. Nulidade. Omissão do julgado. Ocorrência. Efeitos modificativos. Possibilidade.

I - Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma dos arts. 3o., item 1, 4o., itens 1 e 2, 6o., item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7o., itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção n. 169/OIT, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, veiculados com a finalidade de suprir-se a omissão apontada.

II - A discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de natureza sócio-ambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1o., e 543-C, caput) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos * regulatórios da congruência processual, na espécie.

III - Nos termos do art. 231, § 3o., da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

IV - A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: “Artigo. 3o. 1. Os povos indígenas e tribais de verão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente -convenção; Artigo 4o. 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias

para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6o. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados, e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Artigo 7o. 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Artigo 13. 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; Artigo 15. 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos

minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas ~ a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

V - Afigura-se equivocado e omissivo o Acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da Presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar n. 125-6/PARÁ, arquivados em 12/11/2007, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/99 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar; na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5o., XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), como assim já orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF - Rel. Ministro Celso de Mello - julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min Celso de Mello, *inter plures*).

VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial -ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6o.), como no caso.

VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3o.), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF,

art. 225, § 1o., IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

VIII - Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado; quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC n. 3.540/DF - Rel. Min Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

IX - Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas - Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos

indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, *caput*, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3o., incisos I a IV e 5o., *caput* e incisos- XXXV e LXXVII11 e respectivo parágrafo 2o., c/c os arts. 170, incisos 1 a IX e 225, *caput*, e 231, § 3o., da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, 'em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

XI - Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento.

XII - Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo n. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3o, da Constituição Federal, c/c os arts. 3o., item 1, 4o., itens 1 e 2, 6o., item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7o., itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção n. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5o.) (fls. 2.598/2.604).

2. A Corte de origem havia, anteriormente, negado provimento à apelação do Ministério Público Federal e à remessa oficial, afastando a tese de invalidade do Decreto Legislativo 788/2005.

3. Sobreveio aos autos (fls. 2.416/2.430) Exceção de Impedimento/Suspeição, manifestada pelo *Ibama* em conjunto com a *União*, em relação à redistribuição da relatoria dos autos ao ilustre Desembargador Federal *Souza Prudente*, face à aposentadoria do relator para o acórdão, Desembargador Federal *Fagundes de Deus*.

4. Suspensa a tramitação do feito, para a apreciação da exceção, esta foi rejeitada pelo julgador excepto, ocasião em que se determinou o desentranhamento do expediente para a formação de autos apartados (fls. 2.457/2.470), os quais foram tombados sob o n. 0026792- 06.2012.4.01.0000/PA.

5. A referida exceção não foi conhecida pela egrégia Corte Regional (fls. 2.517) e, assim, uma vez resolvido o incidente no âmbito do TRF da 1a. Região, os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, em que alegou omissão do julgado no tocante à aplicabilidade de normas internacionais (arts. 6o., I, a, b, e c; 7o., I, 2, 3, 4; 14, 2, e; 15, I, 2 da Convenção 169/OIT), foram levados à apreciação do colegiado, aos quais a egrégia Turma houve por bem dar provimento com efeitos infringentes, nos termos da ementa acima colacionada.

6. Houve nova oposição de aclaratórios, porém, desta vez, estes foram rejeitados (fls. 3.054).

7. As razões recursais encaminhadas pela *Eletronorte* e pela *Eletrobrás* são coincidentes e reputam a ocorrência de ofensas legais de quatro ordens: (a) Decreto-legislativo 143/2002 e Decreto 5.051/2004; (b) arts. 128, 460 e 535, II do CPC/1973; (c) art. 4o., § 9o. da Lei 8.437/1992, e; (d) art. 467 do CPC/1973.

8. O *Ibama*, por sua vez, alegou as seguintes ofensas legais: (a) arts. 480 e 481 do CPC/1973; (b) art. 535, I e II do CPC/1973; (c) art. 4o., § 9o. da Lei 8.437/1992 e (d) Decreto-legislativo 143/2002 e Decreto 5.051/2004.

9. Já a *União*, além de apontar divergência jurisprudencial, também entende presente a negativa de vigência aos seguintes dispositivos legais: (a) arts. 128, 460, 512 e 535, I e II do CPC/1973; (b) arts. 480 e 481 do CPC/1973 e Súmula Vinculante 10/STF; (c) arts. 552 e 554 do CPC/1973; 38 da LC 73/1993,

e; 6o., da Lei 9.028/1995; (d) art. 4o., § 9o. da Lei 8.437/1992; e (e) Decreto legislativo 143/2002 e Decreto 5.051/2004.

10. Houve apresentação de contrarrazões recursais às fls. 3.327/3.356; 3.357/3.390; 3.418/3.456, e; 3.488/3.551.

11. O egrégio TRF da 1a. Região admitiu todos os recursos, mediante as decisões de fls. 3.562/3.564; 3.568/3.570, 3.574/3.576, e 3.580/3.582.

12. Distribuídos os presentes autos neste STJ, sobreveio o Parecer do MPF de fls. 3.608/3.623, assim ementado:

Recursos especiais das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama e da União. Ação civil pública. Direito Ambiental. Consulta prévia às comunidades indígenas para posterior autorização pelo Congresso Nacional de obras em terras indígenas. Usina Hidrelétrica Belo Monte. I – Julgamento dos embargos de declaração com efeitos infringentes. Possibilidade. II – Inclusão dos embargos declaratórios em pauta de julgamento. Desnecessidade. Inteligência do art. 537, do CPC/73. III – Ofensa à reserva de plenário. Não ocorrência. Interpretação de legislação infraconstitucional. IV – Afronta ao Decreto-Legislativo 143/02, Decreto n. 5.051/04 e Decreto 788/05. Questão decidida com fundamento na Constituição Federal. V – Aplicação de multa coercitiva pelo Tribunal a quo. Ofensa não configurada. VI – Divergência jurisprudencial não demonstrada. VII – Pelo não provimento dos recursos especiais.

13. Através da petição de fls. 3.626/3.684, várias Associações Indígenas, qualificando seus associados como terceiros prejudicados, solicitaram ingresso na presente lide, na condição de litisconsorte facultativo do MPF, a teor do art. 5o., § 2o, da Lei 7.347/1985.

14. O pleito de ingresso foi deferido, na qualidade de assistente simples, através da decisão de fls. 4.986/4.990, ocasião em que ainda se determinou a suspensão do presente recurso especial, consoante a seguinte ementa:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública ambiental ajuizada pelo MPF. Construção da UHE Belo Monte. Associações das comunidades indígenas atingidas que pleiteiam seu ingresso na lide. Deferimento, nos termos do art. 50 do CPC/1973. Constatação de existência de prejudicial em potencial, oriunda do julgamento do AREsp 977.654/PA, que anulou o acórdão dos aclaratórios da exceção de impedimento/suspeição por violação ao art. 535, II do CPC/1973. Refazimento do julgamento pelo TRF da 1a. Região que impactará no presente recurso especial, a caso reconhecida impossível a participação

no julgamento do desembargador federal relator que sucedeu o originário. Necessidade de suspensão do presente apelo raro. Deferimento do ingresso das associações como assistentes simples e sobrestamento do presente apelo raro.

15. As associações peticionárias apresentaram agravo interno (fls. 4.997/5.011) contra a referida decisão, impugnando a natureza de sua admissão no feito. Houve apresentação de impugnação ao recurso interno pela *Eletrobrás S.A.* e pela *União* (fls. 5.053/5.056; 5.091/5.092, respectivamente).

16. Novo requerimento apresentado pelas associações indígenas, reiterando seu entendimento sobre a natureza de sua intervenção e, ainda, requerendo tutela provisória de urgência, fundada na urgência na resolução da questão, argumentando que, apesar de o acórdão regional haver sido favorável à pretensão indígena e à causa ambiental, sua exequibilidade está suspensa ante a concessão de medida liminar nos autos da Rcl 14.404, pela Presidência do excelso STF, pelo que aponta a existência do chamado *periculum in mora* inverso.

17. Houve a prolação de nova decisão, reconsiderando a anterior no tocante à qualidade do ingresso das associações, admitindo-as como litisconsortes facultativas, ocasião em que também se determinou a manifestação das partes acerca das consequências oriundas da decisão proferida por este STJ nos autos do AREsp 977.654/PA. Veja-se a ementa:

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno. Recurso especial. Juízo de retratação. Ação civil pública ambiental ajuizada pelo MPF. Construção da UHE Belo Monte. Associações das comunidades indígenas atingidas que pleiteiam seu ingresso na lide na qualidade de litisconsortes ativas facultativas. Deferimento, nos termos do art. 232 da Constituição Federal e do art. 5o., § 2o. da Lei 7.347/1985. Legítimo interesse das associações indígenas requerentes na resolução da presente lide, que ressaí, por evidente, da própria qualidade dos povos substituídos, indígenas que terão/tem suas terras direta ou indiretamente impactadas pela construção e operação da UHE Belo Monte. Intimação das partes para se manifestar quanto ao pedido de prosseguimento do feito (fls. 5.151/5.152)

18. Importante destacar, neste contexto, que o AREsp 977.654/PA originou-se das irresignações apresentadas contra o acórdão regional que apreciou a exceção lá apresentada - já mencionada acima - e teve anulado o julgamento dos aclaratórios por violação do art. 535 do CPC/1973, devolvidos os autos ao egrégio TRF da 1a. Região para nova apreciação. A decisão foi assim ementada:

Processual Civil e Administrativo. Agravo em recurso especial. Exceção de impedimento. Suspeição. Violação ao art. 535, II do CPC. Omissão configurada. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de, anulando o acórdão proferido em sede de embargos de declaração, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que supra a omissão apontada. Prejudicada a análise das demais questões (AREsp 977.654/PA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 27.10.2017).

19. A *Eletronorte S.A.* manifestou concordância ao ingresso das associações e oposição ao prosseguimento do presente julgamento, porquanto, apesar de o TRF da 1a. já haver cumprido a decisão deste STJ e efetivado o rejuízo dos aclaratórios anteriormente anulados, ainda cabe recurso e, portanto, permanece a questão prejudicial (fls. 5.181/5.182).

20. Já a *Eletrobrás S.A.*, além de também manifestar sua discordância ao prosseguimento do presente recurso especial, informou ainda estar analisando seu interesse recursal quanto ao ingresso das associações (fls. 5.187/5.189).

21. O *Ibama* agregou aos fundamentos já anteriormente apresentados pela manutenção da suspensão do presente recurso especial (petição de fls. 5.191/5.193), o fato de existir tratativas de solução consensual, juntando os documentos de fls. 5.194/5.442.

22. A *União* também opinou pela manutenção da suspensão do presente recurso (fls. 5.765).

23. Houve a interposição de agravo interno (fls. 5.448/5.694) pela *Eletrobrás S.A.*, impugnando a natureza do ingresso das associações indígenas.

24. Devidamente intimada, a parte agravada apresentou a impugnação de fls. 5.699/5.708.

25. Sobreveio, ainda, petição da *Eletrobrás S.A.* (fls. 5.770/5.773) requerendo a juntada de manifestação da *Funai*, que integrou o feito desde a Corte de origem, mas que, por algum lapso de digitalização, não estava anexada aos presentes autos, ora encontrando-se às fls. 5.774/9.704.

26. Novo pedido das associações indígenas para a realização imediata do julgamento dos recursos especiais apresentados no presente feito (fls. 9.708/9.716).

27. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF-5ª Região) (Relator): 1. De início, importante esclarecer que a sistemática recursal aplicável ao presente caso é a do CPC/1973, porquanto o acórdão dos últimos embargos de declaração opostos foi publicado em 16.11.2012.

2. Antes, porém, de se adentrar à análise dos argumentos constantes dos recursos especiais, convém definir, neste Colegiado, a natureza jurídica da intervenção pleiteada pelas associações indígenas.

3. Isso se faz necessário porquanto, num primeiro momento, se deferiu o ingresso das associações na qualidade de assistente simples, o que motivou a interposição de agravo interno pelas entidades, que entendem ser o caso de litisconsórcio facultativo.

4. Em que pese a existência de divergências doutrinárias a respeito de tal instituto, entendo que, no presente caso, deve ser mantido o entendimento aplicado pelo Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, pelo qual a admissão das associações indígenas se deu na qualidade de litisconsortes ativas, nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/1985.

5. Frise-se que o presente caso retrata uma ação civil pública, ajuizada pelo MPF, não sendo demais recordar que, em tal espécie, a legitimação ativa se dá por substituição, porquanto o direito perseguido, diferentemente das demandas comuns, não é individual puro, mas sim difuso, coletivo ou individual homogêneo, pertencendo, pois a uma coletividade, substituída em juízo por um ou mais de um dos colegitimados ativos, indicados na legislação.

6. Não se duvida que, no presente caso, as comunidades indígenas serão atingidas pelo resultado do julgamento, em especial quando se discute a validade da sua *oitiva prévia* no procedimento de licenciamento ambiental para a construção da UHE Belo Monte, bem como dos impactos que possivelmente sofrerão com o empreendimento.

7. Desta maneira, tem-se que a presente demanda poderia, desde o início, ter sido ajuizada pelas comunidades indígenas, não sendo útil à segurança jurídica e à uniformização da solução do litígio que se lhes obrigue à proposição de nova demanda, em vez de as admitir no presente caso, que dará solução única à controvérsia estabelecida. Nesse mesmo sentido, precedente específico monocrático: TutPrv no REsp 1.658.274/PA, Rel. Min. *Regina Helena Costa*, DJe 28.11.2019.

8. Finalmente, por se tratar do microssistema coletivo, que não prevê condenação sucumbencial, não se vislumbra qualquer prejuízo às partes réis na admissão das associações como litisconsortes, dada ainda a impossibilidade de extensão objetiva da lide e ao fato de as associações receberem os autos no estado em que se encontram.

9. Assim, decidida pelo Colegiado a natureza da intervenção das associações indígenas, declaro a perda do objeto do Agravo Interno de fls. 5.448/5.487, interposto pela *Eletrobrás*.

10. Superada essa questão, passa-se agora à análise específica dos quatro recursos especiais constantes dos autos.

11. Frise-se que os recursos especiais em análise originam-se da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em cuja exordial, conforme o relatório do acórdão regional, se alegou:

a) que a hidrelétrica atingirá as comunidades indígenas de Arara, Juruna, Parakanã, Xikrin, Xipaia-Kuruaiá, Kayapó e Araweté, as quais poderão sofrer danos ambientais, caso ocorra a implantação;

b) que o processo legislativo que deu origem ao Decreto Legislativo 788/2005 tem vícios de ordem material, pois não consultou as comunidades indígenas afetadas (arts. 170, VI e art. 231, § 3º, da CF/88 e art. 6º, 1, a, da Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, através do Decreto Legislativo 142/2002;

c) a ocorrência de “atentado ao devido processo legislativo”, pois o projeto do decreto legislativo foi modificado no Senado sem retorno para apreciação pela Câmara dos Deputados, *ex vi* do art.123 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados;

d) a ausência de lei complementar que disponha sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena, nos termos do § 6º do artigo 231 da Constituição;

e) que o Congresso Nacional não poderia delegar a oitiva das comunidades envolvidas, para os fins do art. 231, § 3º da CF/88, daí porque seria inconstitucional a delegação prevista no art. 2º do Decreto Legislativo 788/2005, por violar os arts. 231, § 3º e 49, XVI da Constituição (fls. 2.298).

12. A sentença de primeiro grau julgou a ação improcedente, tendo sido interposta a apelação pelo MPF, à qual foi inicialmente negado provimento, porém a situação se alterou com o julgamento dos embargos de declaração opostos, onde se reformou a sentença, julgando procedente a ação, *para coibir o IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistente aqueles já*

praticados, referente ao licenciamento ambiental da UHE Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto legislativo 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3o., da Constituição Federal, c/c os arts. 3o., item 1; 4o., itens 1 e 2; 6o., item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7o., itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14 item 1; e 15 da Convenção 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades se sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5o).

13. Ocorre que o referido acórdão foi relatado por Desembargador Federal que sucedeu o redator para o acórdão original, em virtude da aposentadoria deste, tendo sido apresentada exceção de suspeição/impedimento pelo *Ibama* e pela *União* contra o novo relator. Tal incidente já foi objeto de apreciação neste STJ, tendo sido determinada a reapreciação dos declaratórios, opostos nos autos da exceção, conforme a decisão proferida no AREsp 977.654/PA, sendo certo que tal comando já foi implementado pela egrégia Corte Regional, ocasião em que considerou intempestiva a exceção apresentada.

14. Visando estabelecer uma metodologia mais lógica ao presente julgamento, entendo ser necessária a apreciação por temas e não por recurso especial apresentado, não apenas por serem quatro, mas também ante a coincidência de vários tópicos.

15. *Alegação de ofensa aos arts. 128, 460, 512 e 535, I e II do CPC/1973*: constante dos Recursos Especiais da *Eletrobrás*, do *Ibama*, da *Eletronorte* e da *União*, advogando a inexistência da omissão - e de seu apontamento pelo MPF - no acórdão regional original, aduzindo que o motivo ensejador da oposição de declaratórios, cujo julgamento ocasionou a integração do acórdão anterior com efeitos infringentes e a consequente reforma da sentença de primeiro grau, foi apenas o prequestionamento.

16. A referida matéria diz respeito à inexistência de pressuposto de cabimento do recurso integrador manejado contra o acórdão original, todavia, a parte recorrente expõe suas alegações de maneira genérica, deixando de demonstrar, mediante cotejo analítico, a correlação entre os pedidos deduzidos nos indigitados aclaratórios e aqueles efetivamente decididos pelo acórdão embargado, de modo a justificar seu ponto de vista de inexistência de omissão.

17. A jurisprudência deste STJ é uníssona em aplicar o óbice da Súmula 284/STF às hipóteses de veiculação de razões recursais genéricas, em especial, quando se alega nulidade do acórdão dos aclaratórios. Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. ICMS. Incentivo fiscal. Ausência de celebração de Convênio Confaz. Redução de base de cálculo. Aproveitamento de crédito. Violação do art. 535 do CPC. Fundamento genérico. Súmula 284/STF. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Exame de lei local. Impossibilidade. Súmula 280/STF. Análise de nulidade da CDA. Súmula 7/STJ. Questão resolvida sob enfoque constitucional.

1. A alegada ofensa ao art. 535 do CPC foi apresentada de forma genérica pela parte recorrente, tendo em vista que não demonstrou, de maneira clara e específica, a ocorrência de omissão no julgado, atraindo, assim, o enunciado da Súmula 284 da Suprema Corte.

(...).

6. A instância ordinária, ao vedar o aproveitamento integral do ICMS relativo às aquisições de mercadorias, cujas saídas ocorreram com base de cálculo reduzido, proveniente de benefícios fiscais concedidos por outra unidade da federação e não previsto em convênios celebrados entre os Estados, baseou seu entendimento em fundamento constitucional - art. 155, § 2º, XII, g, da CF.

7. Nesse contexto, eventual contrariedade, caso existente, ocorreria apenas no plano constitucional, de modo que se configura inviável a rediscussão da matéria pelo STJ, no recurso especial.

8. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.539.743/MG, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 22.10.2015).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Administrativo. Servidor público. Desvio de função. Diferenças salariais. Omissão do julgado estadual. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Inépcia da inicial e julgamento *extra petita* afastados. *Error in procedendo*. Fundamento inatcado.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omisso, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF. Nesse mesmo sentido são os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.084.998/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12/3/2010; AgRg no REsp 702.802/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 19/11/2009, e REsp 972.559/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 9/3/2009.

2. O Tribunal de origem deu a correta aplicação ao art. 282 do CPC, ao considerar cumpridos os requisitos da petição inicial, não vislumbrando a alegada inépcia da inicial uma vez que os autores narram na inicial (fls. 02/05) que estavam em exercício fático da função de técnico em radiologia, apesar de contratados para função diversa, requerendo indenização pecuniária.

(...).

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 533.421/PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 13.3.2015).

18. Evidentemente que a pretensão recursal, desta feita, revela-se em seu sentido inverso, já que se defende a completude do acórdão embargado a fim de, por ilação, se demonstrar o descabimento dos embargos de declaração. Não obstante essa ponderação, a exigência de fundamentação concreta e específica da pretensão recursal remanesce intocada, não bastando a simples invocação de inexistência de omissão no acórdão embargado.

19. Por outro lado, ainda que superado tal óbice na alegações recursais, observa-se da atenta leitura do acórdão recorrido (fls. 2.598/2.604) que as omissões existentes no julgado anterior, foram efetivamente supridas com a apreciação integral levada a efeito.

20. Ante o exposto, não se conhece da alegação de inexistência de nulidade do acórdão de fls. 2.298/2.372 por violação do art. 535, I e II do CPC/1973, deduzida pelos quatro Recursos Especiais em análise.

21. *Alegação de ofensa aos arts. 552 e 554 do CPC/1973; 38 da LC 73/1993, e; 6o. da Lei 9.028/1995*: tese ventilada pela *União* em seu Apelo Raro, argumentando a modificação substancial de julgamento anterior e a falta de oportunização de defesa às partes.

22. Conforme a delimitação realizada no início do presente voto, no item 1, a sistemática recursal aqui aplicada é a do CPC/1973, tendo em vista a data de publicação do último acórdão pelo egrégio TRF da 1a. Região.

23. A argumentação ora analisada parte do pressuposto advindo do tópico anterior, advogando que, mesmo inexistindo alegação de omissão no acórdão original, a Corte Regional, à vista dos declaratórios, promoveu verdadeiro rejuízo da causa, em adversidade ao propósito do recurso integrador.

24. Todavia, de se notar que a matéria objeto desta irrisignação sequer foi objeto de prequestionamento, requisito do recurso especial indispensável na sistemática processual do CPC/1973. Caso o recorrente quisesse ver seu pedido referente a esta argumentação apreciado, deveria, antes, ter pleiteado a nulidade do julgamento dos segundos embargos de declaração (fls. 3.030/3.054) por violação do art. 535 do CPC/1973, porquanto não se apreciou tais questionamentos.

25. A alegada nulidade por ofensa ao art. 535 do CPC/1973, apreciada no tópico anterior, teve outro viés, no sentido de obter declaração de que não

havia omissão no acórdão original a ensejar o manejo do recurso integrador que proporcionou a atribuição de efeitos infringentes.

26. Frise-se, ainda, que o art. 554 do CPC/1973 objeto deste tema exclui expressamente a possibilidade de realização de sustentação oral na apreciação de embargos de declaração, fundamento utilizado pela egrégia Corte Regional para amparar seu entendimento, reforçando a inexistência do prequestionamento quanto à análise da necessidade de sustentação oral nos declaratórios, face à peculiaridade do caso, tal como alegado pela parte recorrente.

27. Além disso, na sistemática do CPC/1973, por ocasião de seu julgamento os embargos de declaração eram apresentados em mesa, sem a necessidade de sua inclusão em pauta, procedimento agora alterado pelo CPC/2015.

28. Ainda que assim não fosse, veja-se que novamente tais alegações se apresentam genéricas, porquanto não há ao menos a tentativa de demonstração de que não houve a intimação pessoal da *União* da inclusão do feito na pauta de julgamentos.

29. Desta maneira, também não se conhece desta alegação do Recurso Especial da *União*.

30. *Alegação de ofensa ao art. 4o., § 9o. da Lei 8.437/1992*: presente nos quatro Recursos Especiais. Argumentação dirigida contra a determinação de execução imediata da ordem mandamental contida no julgado sob pena de multa diária de R\$ 500.000,00.

31. Apontam os recorrentes que tal determinação ofende o conteúdo da decisão proferida pela Presidência do STF nos autos da SL 125/2006, já transitada em julgado, a qual teria se fundamentado na inexistência de inconstitucionalidade no Decreto legislativo e de mácula constitucional à realização da oitiva das comunidades indígenas no decorrer do processo de licenciamento ambiental.

32. Dizem que o dispositivo federal apontado como violado determina que a decisão proferida no incidente de suspensão vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal.

33. Ocorre que, em relação a esse pedido específico, houve a superveniente perda de seu objeto, dada a concessão de medida liminar nos autos da Rcl 14.404/DF, pela Presidência do STF, com a seguinte parte dispositiva:

8. Como se vê, é evidente a plausibilidade jurídica do pedido constante desta reclamação constitucional. Parece-me correto o acórdão reclamado ao afirmar que este Supremo Tribunal Federal ainda não declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 788/2005, o que foi apenas sinalizado na decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie na SL 125. Isto porque, sabidamente, no instrumento processual da suspensão de liminar não se analisa o mérito da causa. Todavia, a decisão paradigmática (SL 125), em homenagem à ordem e economia públicas, autorizou a atuação do *Ibama* e dos demais órgãos responsáveis pela continuidade do processo de licenciamento ambiental da obra da UHE Belo Monte, não obstante continuar existindo a pendência judicial. E tal decisão vigora até o trânsito em julgado “da decisão de mérito na ação principal”, de acordo com o § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/92 e o § 3º do art. 297 do RI/STF. Logo, ao conferir “eficácia plena” à “decisão mandamental” e determinar a intimação do Presidente do *Ibama* “para fins de imediato cumprimento”, o acórdão reclamado violou, neste juízo provisório, a autoridade da decisão deste Supremo Tribunal Federal na SL 125.

9. Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pela Quinta Turma do TRF da 1ª Região nos Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 2006.39.03.000711-8, o que faço sem prejuízo de u’a mais detida análise quando do julgamento do mérito (Rcl 14.404 MC/DF, Rel. Min. *Ayres Britto*, DJe 30.8.2012).

34. Assim, verifica-se que não há falar-se em exequibilidade do acórdão recorrido, dada a superveniência da decisão liminar proferida pelo STF nos autos da Rcl 14.404/DF.

35. Ante o exposto, declara-se a perda do objeto desta argumentação recursal constante nos Recursos Especiais do *Ibama*, da *Eletronorte*, da *Eletrobrás* e da *União*.

36. *Alegação de negativa de vigência ao art. 467 do CPC/1973*: pretensão deduzida pela *Eletronorte* e pela *Eletrobrás*, intimamente ligada ao tópico anterior, mas que apresenta o viés de atribuir o instituto da coisa julgada material à decisão liminar proferida pela Presidência do STF nos autos da SL 125/2006.

37. Importante ressaltar que tal argumento, comumente realizado no âmbito dos Tribunais Superiores, carece de alicerce lógico-jurídico, não encontrando suporte no instituto da suspensão.

38. O instituto da suspensão atribui à presidência do Tribunal competente para a apreciação do recurso principal a possibilidade de suspender a imediata exequibilidade de decisão ou acórdão, liminar ou não, de caráter mandamental,

em casos de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e, ainda, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, valendo a decisão até o trânsito em julgado da apreciação meritória da causa.

39. Com efeito, trata-se na realidade de um juízo eminentemente político, em que, à vista da presença das hipóteses autorizadoras, será determinado que a execução do comando de determinada decisão judicial somente poderá se dar com o trânsito em julgado do mérito da questão.

40. Desta maneira, no pedido de suspensão não se aprecia o mérito, apenas se vislumbra a viabilidade de execução imediata e, portanto, carece de fundamento a tese de formação de coisa julgada, ou ainda a de que qualquer expressão de mérito inserida no corpo da decisão adquira a força da imutabilidade, impedindo sua apreciação pelo colegiado competente para análise do mérito.

41. Nesse exato sentido é o trecho acima transcrito da decisão proferida pelo eminente Min. *Ayres Britto*, por ocasião da concessão da medida liminar nos autos da Rcl 14.404 MC/DF.

42. Assim, nego provimento ao argumento de violação do art. 467 do CPC/1973 trazido à baila pela *Eletronorte* e pela *Eletrobrás*.

43. *Alegação de ofensa aos arts. 480 e 481 do CPC/1973; 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante 10/STF*: mediante esta linha de raciocínio, O *Ibama* e a *União* pretendem macular o julgamento realizado por entender que houve violação à cláusula de reserva de plenário no julgamento recorrido, pois, no seu entender, houve a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005.

44. A cláusula de reserva de plenário (regra da *full bench*) está insculpida no art. 97 da Constituição Federal, cujo texto prescreve que “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”.

45. Na esteira da Constituição Federal, o Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo do julgamento do acórdão recorrido, nos artigos 480, 481 e 482 (normas que estão reprisadas no atual Código de Processo Civil, nos artigos 948, 949 e 950), disciplina o procedimento a ser observado pelos Tribunais quando houver arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

46. Esmiúçam tais dispositivos o iter a ser cumprido, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade nos Tribunais, pelo relator, pelas turmas ou câmaras e pelo tribunal pleno, a fim de que se afaste a incidência de dispositivo constante de lei ou de ato normativo emanado do poder público.

47. Assim, sempre que órgão fracionário dos Tribunais houver de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, deve primeiro instaurar incidente de declaração de inconstitucionalidade, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário.

48. Instaurou-se acirrada disputa acerca da adequada extensão da norma constitucional veiculadora da regra da *full bench*. Afinal, em qualquer caso de afastamento da norma infraconstitucional haveria necessidade de instauração do referido incidente? Haveria casos em que a interpretação da norma, ainda que sob viés constitucional, dispensaria o procedimento qualificado?

49. A fim de apaziguar a celeuma instalada, o Supremo Tribunal Federal, debruçando-se sobre o tratamento conferido pela Constituição Federal à temática, editou a Súmula Vinculante n. 10, assim redigida: “*viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”.

50. Partiu-se, desde então, a considerar que, havendo simples interpretação da norma a fim de extrair-lhe o sentido que melhor se adequa à Constituição Federal, não se há de falar em “cláusula de reserva de plenário”, ficando esta reservada àqueles casos em que o afastamento da norma resulta de um juízo de desconformidade ante o texto constitucional.

51. Ainda assim, é preciso dizer que, pelo caráter genérico da redação da Súmula Vinculante sob comento, a aferição, caso a caso, de que atividade hermenêutica consubstancia efetivo controle de constitucionalidade, diferenciando-se da simples “filtragem constitucional”, demanda inarredável interpretação do próprio verbete sumular, uma vez que o texto do Codex de ritos, seja o de 1973, seja o ora vigente, dado seu laconismo, não serve de parâmetro para essa análise.

52. Com efeito, o Código de Processo Civil preocupa-se tão somente de traçar o procedimento a ser observado pelo órgão fracionário do Tribunal, quando se houver de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não tratando de delimitar ou detalhar a extensão do dispositivo constitucional.

53. O Supremo Tribunal Federal, como guardião máximo da Constituição, cuidou de dar contornos mais específicos ao art. 97 da Carta Magna, interpretando-o e delimitando seu alcance.

54. Nesse pisar, é importante destacar que o acórdão recorrido, de primeiro, fez constar, em sua parte dispositiva, que acolhia a pretensão autoral “*em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo n. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção n. 169/OIT*”.

55. A redação é, não só vaga, como também imprecisa acerca do alcance da solução jurídica ali estampada, visto que, além de citar o dispositivo constitucional, também mencionou, de maneira imbricada e indistinta, inúmeros dispositivos da Convenção n. 169/OIT.

56. Após, no julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelas partes réis, voltou a se pronunciar o Tribunal de origem, assim dispondo:

Relativamente à alegada violação ao princípio da reserva de plenário, inexistente, no particular, o vício apontado pelos embargantes, tendo em vista que, no caso concreto, não se declarou a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 788/2005, através do procedimento formal do controle difuso de constitucionalidade do referido ato legislativo, circunstância essa que, em tese, reclamaria a observância da regra constante do art. 97 da Constituição Federal e do enunciado da Súmula Vinculante n. 10/STF.

Com efeito, na hipótese em comento, a Turma julgadora apenas tomou como um dos fundamentos do julgado, a irregularidade material do diploma legislativo em referência, eis que editado sem a oitiva prévia das comunidades indígenas, conforme assim determina o art. 231, § 3º, da Constituição Federal, a desautorizar o licenciamento ambiental do empreendimento descrito nos autos, por vício material de procedimento, eis que instaurado ao arrepio das normas da Convenção Internacional 169/01T e do dispositivo constitucional de regência (fls. 3.043).

57. Nesse panorama, a alegada violação da cláusula de reserva de plenário não se sustenta diante da literal exegese dos dispositivos do CPC, que nada dispõem sobre a hipótese, eis que se limita, como dito alhures, a prescrever, como norma processual que é, iter processual a ser trilhado pelo Tribunal.

58. A toda evidência, a irrisignação da parte recorrente repousa na alegada violação do art. 97 da Constituição Federal, diante da interpretação a ele

conferida pela Súmula Vinculante n. 10, nelas havendo tratamento normativo compatível com a pretensão recursal.

59. Tanto é assim que os ora recorrentes reprisam a alegação de violação da cláusula de reserva de plenário nas razões de seus Recursos Extraordinários, bem demonstrando que a matéria reveste-se de dignidade constitucional.

60. Desse modo, resta evidenciado que, neste caso concreto, a análise da questão sob comento escapa da competência deste Superior Tribunal de Justiça, a quem não cabe conhecer de Recurso Especial fundado em violação a texto constitucional ou a Súmula Vinculante, ainda que a parte recorrente tenha apontado também violação a dispositivos infraconstitucionais:

Tributário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Exigência de depósito prévio. Exigibilidade de crédito tributário. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Súmula Vinculante 28/STF. Matéria de natureza eminentemente constitucional. Usurpação da competência da Suprema Corte. Agravo interno no agravo em recurso especial do Município de Nova Iguaçu/RJ a que se nega provimento.

1. O Tribunal de origem consignou que, em relação à exigência de depósito como requisito de admissibilidade de ação em que se busca discutir exigibilidade de crédito tributário não se coaduna com o nosso ordenamento jurídico, pois ofende diretamente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consubstanciado no art. 5º, XXXV da CRFB. Além disso, inexistente qualquer celeuma a respeito, tendo em vista o raciocínio contido no verbete da súmula vinculante 28 do STF.

2. A tese recursal tem prisma constitucional, o que impede o deslinde da controvérsia no âmbito do Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência, por esta Corte Superior, do Supremo Tribunal Federal, consoante pacífica jurisprudência do STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.381.657/MG, Rel. Min. *Castro Meira*, DJe 18.6.2013; AgRg no AREsp 825.427/PR, Rel. Min. *Sérgio Kukina*, DJe 19.4.2016.

3. Agravo Interno do *Município de Nova Iguaçu/RJ* a que se nega provimento (Aglnt no AREsp 689.136/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 29/04/2019, DJe 08/05/2019)

Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Fundamentação constitucional. Análise. Impossibilidade.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Há manifesta ausência de prequestionamento, a atrair a aplicação da Súmula 211 do STJ, quando os conteúdos dos preceitos de lei federal suscitados na peça recursal não são examinados na origem, mesmo após opostos embargos de declaração, não sendo possível admitir o prequestionamento ficto introduzido pelo art. 1.025 do CPC/2015 para os recursos especiais interpostos sob a sistemática do CPC/1973. Precedentes.

3. À luz do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial não serve à revisão da fundamentação constitucional.

4. Na hipótese dos autos, o aresto combatido reconheceu a ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro mediante fundamentação eminentemente constitucional, o que impede a sua revisão, em sede de recurso especial, ainda que a parte recorrente tenha apontado afronta a dispositivos infraconstitucionais, sob pena de usurpação da Corte Constitucional.

5. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp 1.606.075/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 22/03/2021, DJe 06/04/2021)

Administrativo. Servidor Público do Distrito Federal. Incorporação de anuênios. Ofensa à Resolução do Senado Federal e à súmula vinculante. Atos normativos não inseridos no conceito de lei federal. Aplicação da Lei n. 8.112/90 por força da Lei n. 197/91. Natureza de lei local. Interpretação de lei local. Impossibilidade. Enunciado n. 280 da Súmula do STF. Recurso especial não conhecido.

I - Não é cabível a interposição de recurso especial por alegação de ofensa a enunciado de súmula vinculante e à Resolução do Senado Federal, visto que esses atos normativos não se enquadram no conceito de lei federal nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal. Precedentes: AgInt no AREsp 1.097.849/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/8/2017, DJe 24/8/2017; AgRg no REsp 1.295.566/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 24/8/2015; e, AgInt no AREsp 882.266/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/8/2016, DJe 30/8/2016.

II - A jurisprudência do STJ é no sentido de que a Lei n. 8.112/1990, aplicada aos servidores do Distrito Federal por força da Lei Distrital n. 197/1991, possui conteúdo de lei local, atraindo, por analogia, o óbice do enunciado n. 280 da Súmula do STF. Precedentes: AgRg no AREsp 415.833/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/9/2016, DJe 21/11/2016, e AgRg no AREsp 713.381/DF, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 26/10/2015.

III - Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.542.418/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Alegação genérica de ofensa a dispositivo

de lei federal. Deficiência de fundamentação. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284/STF. Acórdão embasado em norma de direito local. Lei Orgânica do Município de Campinas e a Lei Municipal n. 1.399/55. Incidência, por analogia, da Súmula n. 280/STF. Violação aos arts. 5º, *caput*, e 97 da Constituição da República. Impossibilidade de análise em sede de recurso especial. Competência do STF. Ofensa à súmula. Conceito de tratado ou lei federal. Não enquadramento. Incidência da Súmula n. 518/STJ. 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 jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

III - Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, rever acórdão que demanda interpretação de direito local, à luz do óbice contido na Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal.

IV - É entendimento pacífico desta Corte que o recurso especial possui fundamentação vinculada, não se constituindo em instrumento processual destinado a examinar possível ofensa à norma Constitucional.

V - Consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o conceito de tratado ou lei federal, previsto no art. 105, inciso III, *a*, da Constituição da República, deve ser considerado em seu sentido estrito, não compreendendo súmulas de Tribunais, bem como atos administrativos normativos. Incidência da Súmula n. 518 do Superior Tribunal de Justiça.

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

VII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvido 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.

VIII - Agravo Interno improvido (AgInt no AREsp 1.199.131/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018).

61. Assim, outra solução não se vislumbra, a não ser reconhecer que a irresignação recursal, neste ponto, está alicerçada em fundamentação deficiente,

eis que o dispositivo legal apontado como violado não contém comando normativo capaz de suportar sua tese. Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Artigo de lei tido por violado sem comando normativo apto à impugnação do acórdão recorrido. Inadmissibilidade.

1. À luz da Súmula 284 do STF, não se conhece de recurso especial na hipótese de o recurso especial apontar violação a artigo de lei que não contém comando normativo apto a ensejar eventual alteração do acórdão recorrido.

2. No caso dos autos, o recurso não pode ser conhecido porque os dispositivos legais invocados pela parte não contém comando normativo apto para impugnar a conclusão do acórdão recorrido. O art. 50 da Lei n. 4.504/1964 trata da base de cálculo e das alíquotas para a incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural ITR; e, por isso, os conceitos e regras atinentes à “área aproveitável” do imóvel rural não repercutem na penhorabilidade do bem. Igualmente, o art. 12 da Lei n. 12.651/2012, ao tratar da delimitação da Área de Reserva Legal, não contém norma que autorize o cálculo pretendido pelos recorrentes.

3. Agravo interno não provido (AglInt no REsp 1.878.878/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020)

Tributário. Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015. Inocorrência. Art. 1.040 do CPC/2015. Alegação genérica de ofensa a dispositivo de lei federal. Arts. 205, § 1º, 927, III, e 1.035, § 11, do CPC/2015. Ausência de comando normativo em dispositivo legal apto a sustentar a tese recursal. Deficiência de fundamentação. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284/STF. Acórdão recorrido assentado em fundamentos constitucionais. Alegação de ofensa à súmula. Súmula 518/STJ. Dissídio jurisprudencial prejudicado. Ausência de cotejo analítico. 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. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

IV - A jurisprudência desta Corte considera deficiente a fundamentação do recurso quando os dispositivos apontados como violados não têm comando normativo suficiente para infirmar os fundamentos do aresto recorrido, circunstância que atrai, por analogia, a incidência do entendimento da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

V - O recurso especial possui fundamentação vinculada, não se constituindo em instrumento processual destinado a revisar acórdão com base em fundamentos eminentemente constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretação de matéria de competência exclusiva da Suprema Corte.

VI - Consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o conceito de tratado ou lei federal, previsto no art. 105, inciso III, *a*, da Constituição da República, deve ser considerado em seu sentido estrito, não compreendendo súmulas de Tribunais, bem como atos administrativos normativos. Incidência da Súmula 518/STJ.

VII - Esta Corte tem firme posicionamento segundo o qual a falta de combate a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido justifica a aplicação, por analogia, da Súmula n. 283 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

VIII - Prejudicada a análise da alegada divergência jurisprudencial, quando não ultrapassado óbice sumular aplicado por ocasião do exame do recurso especial pela alínea *a* do permissivo constitucional.

IX - É entendimento pacífico dessa Corte que a parte deve proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados e transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio jurisprudencial, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas.

X - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento 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.

XI - Agravo Interno desprovido (AgInt no REsp 1.841.502/MS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 16/03/2020, DJe 23/03/2020)

62. Ante o exposto, não conheço da alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, formulada pelo *Ibama* e pela União, incidindo, na hipótese, a Súmula 284/STF, ora aplicada por analogia.

63. *Alegação de divergência jurisprudencial*: apontada pela *União*, diz respeito à necessidade de inclusão em pauta e da permissão de sustentação oral para a apreciação de embargos de declaração quando houver “rejuízo” da causa.

64. Vê-se, de antemão, que a alegação coincide com a argumentação também realizada pela *União* de ofensa aos arts. 552 e 554 do CPC/1973; 38 da LC 73/1993, e; 60. da Lei 9.028/1995, buscando a obtenção de idêntico resultado, sob o viés da ofensa legal, só que agora utilizando-se da roupagem do dissídio interpretativo. Não se olvida que, nos itens 19 e seguintes acima, aquela pretensão sequer foi conhecida por falta de prequestionamento.

65. É da jurisprudência massificada deste STJ o entendimento pelo qual a ocorrência de aplicação de óbice de conhecimento a argumento de violação legal ocasiona, no mesmo processo, a prejudicialidade da alegação de divergência jurisprudencial sobre a mesma temática; no caso, houve o reconhecimento de que a matéria não foi objeto de prequestionamento. Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Indeferimento de pedido administrativo de subdivisão de imóvel. Exigência de quitação dos débitos tributários incidentes sobre imóvel ou apresentação de caução real como condição para aprovar projeto de subdivisão. Suposta violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inexistência. Alegação de afronta ao art. 183 do CTN. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ. Acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz de interpretação constitucional. Competência do colendo Supremo Tribunal Federal. Análise de legislação local. Súmula 280/STF. Divergência jurisprudencial. Exame prejudicado.

1. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

2. Ademais, não se pode conhecer da insurgência contra a ofensa ao art. 183 do CTN, pois o referido dispositivo legal não foi analisado pela instância de origem.

3. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

4. Esclareça-se que a ausência de prequestionamento do dispositivo legal indicado pela parte recorrente não leva ao imediato provimento do Recurso Especial por ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, quando o Tribunal de origem fundamenta a decisão suficientemente para decidir de forma integral a controvérsia, como ocorreu nos autos.

5. Ainda que fosse superado tal óbice, a irrisignação não mereceria prosperar, porquanto na leitura do acórdão recorrido depreende-se que o Tribunal analisou a controvérsia sob o aspecto constitucional (artigos 30 e 170 da Constituição

Federal e Súmulas 70, 323 e 547 do STF) bem como que o fundamento central da controvérsia é de cunho eminentemente amparado em legislação local (artigo 172, § 7º, do Código Tributário Municipal de Londrina - Lei Municipal 7.303/1997). Vê-se, assim, que a análise de questão cujo deslinde reclama apreciação de matéria de natureza constitucional é descabida em Recurso Especial, sendo sua apreciação de competência do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal. Destaca-se a inviabilidade da discussão em Recurso Especial acerca de suposta afronta a matéria local, sendo defesa sua apreciação pelo STJ. Aplica-se, por analogia, a Súmula 280/STF, *in verbis*: “Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário.”

6. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea “a” do permissivo constitucional.

7. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação ao art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido (AREsp 1.716.397/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/11/2020, DJe 18/12/2020).

Processual Civil e Administrativo. Energia elétrica. Interrupção do fornecimento. Dano moral. Configuração. *Quantum* indenizatório. Redução. Reexame fático-probatório. Impossibilidade. Acórdão combatido. Fundamento constitucional. Recurso extraordinário. Ausência. Prequestionamento. Inexistência. Dissídio jurisprudencial. Análise. Prejuízo.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

2. “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Súmula 126 do STJ).

3. A Corte estadual, instância soberana na análise de provas, concluiu que não houve comprovação de autoria da fraude no medidor de consumo de energia praticada pelo consumidor e manteve a condenação da concessionária ao pagamento de indenização por danos morais, em virtude do corte de energia efetuado pelo não pagamento do faturamento retroativo, no valor fixado pelo sentenciante R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

4. A modificação do entendimento demandaria necessariamente o reexame de matéria fático-probatória, providência vedada em sede de recurso especial ante o óbice estampado na Súmula 7 do STJ.

5. Não enfrentada no julgado impugnado tese respeitante ao artigo de lei federal apontado no recurso especial, há falta do prequestionamento, o que faz incidir na espécie o óbice da Súmula 282 do STF.

6. O emprego de verbete sumular quando do exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional prejudica a análise da divergência jurisprudencial suscitada (AgRg no AREsp 278.133/RJ, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, DJe 24/09/2014).

7. Agravo interno desprovido (AgInt no AREsp 1.059.306/MS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 28/09/2020, DJe 01/10/2020).

66. Desta maneira, prejudicada a alegação de divergência jurisprudencial constante do Recurso Especial da *União*.

67. Finalmente, resta a análise das *alegações referentes à violação dos Decretos Legislativos 788/2005 e 143/2002; Decreto 5.051/2004 e respectiva Convenção 169/OIT*: argumentação presente nos recursos especiais de todos os recorrentes.

68. Antes, porém, de se desenvolver o tema, cumpre contextualizar tais normas apontadas. Assim é que o Decreto Legislativo 788/2005 foi a espécie normativa que autorizou a implantação do AHE - Aproveitamento Hidroelétrico de Belo Monte; já o Decreto Legislativo 143/2002 foi o instrumento pelo qual a Convenção 169/OIT foi aprovada no ordenamento jurídico brasileiro e, finalmente, o Decreto 5.051/2004 incorporou aquela norma internacional ao direito pátrio.

69. De primeiro, cumpre destacar que o Decreto Legislativo 788/2005 objetivou dar aplicabilidade direta ao comando normativo do art. 231, § 3o. da Carta Magna, com a seguinte redação:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 3o. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

70. Veja-se que a principal linha de raciocínio trazida pelo MPF na presente demanda, e que também foi objeto direto do acórdão recorrido, diz

respeito à questão da oitiva das comunidades afetadas, prevista no § 3o. do art. 231 da CF/1988.

71. Desta maneira, importante destacar a maneira pela qual a referida temática foi apreciada pelo v. acórdão recorrido, com as seguintes menções na ementa do julgado:

VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6o.), como no caso.

VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3o.), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1o., IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

VIII - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado; quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais

significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC n. 3.540/DF - Rel. Min Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, .na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

IX - Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas - Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, *caput*, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3o., incisos I a IV e 5o., *caput* e incisos- XXXV e LXXVII11 e respectivo parágrafo 2o., c/c os arts. 170, incisos 1 a IX e 225, *caput*, e 231, § 3o., da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ‘em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa

atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20) (fls. 2.601/2.604).

72. Assim, consoante disposto no item VII da ementa do acórdão recorrido, acima transcrita, o Colegiado Regional entendeu que o Decreto Legislativo 788/2005, expedido pelo Congresso Nacional, ao aprovar o AHE Belo Monte, postergando a participação das comunidades indígenas, descumpriu o mandamento constitucional, pois tal procedimento deveria ter sido realizado de maneira prévia, haja vista o seu potencial de impactar a aprovação ou reprovação do projeto, a teor do disposto no § 3o. do art. 231 c.c. § 1o., IV do art. 225, ambos da CF/1988.

73. Referida temática possui indiscutivelmente natureza constitucional, de modo que fica obstada sua apreciação por este Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial, consoante remansoso entendimento jurisprudencial:

Agravo interno. Embargos de divergência. Ausência de similitude fática. Embargos de declaração. Inviabilidade. Dispositivos constitucionais. Usurpação de competência. Supremo Tribunal Federal. Agravo interno desprovido.

(...).

5. “Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para o fim de prequestionamento, porque o julgamento de matéria de índole constitucional é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, consoante disposto no art. 102, III, da Constituição Federal” (AgInt no MS 24.320/DF, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Corte Especial*, julgado em 15/05/2019, DJe 23/05/2019).

6. Agravo interno desprovido (AgInt nos EAREsp 1.460.479/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, *Corte Especial*, julgado em 25/08/2020, DJe 02/09/2020).

Processual Civil. Civil. Contrato de *factoring*. Alegações de nulidade. Recurso especial não conhecido. Alegações de erro e omissão no acórdão. Inexistência.

(...).

III - É vedado a esta Corte, na via especial, apreciar eventual ofensa à matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação

da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes: EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 575.787/DF, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017; AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1.677.316/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 5/12/2017, DJe 14/12/2017; EDcl no AgInt no REsp 1.294.078/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 5/12/2017.

(...).

VII - Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019).

74. Verifico ainda, que este STJ já reconheceu a supralegalidade da Convenção 169/OIT, em precedente recente da egrégia Segunda Turma, aduzindo que o controle de convencionalidade, nesse caso, seria atribuição do Supremo Tribunal Federal:

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Ambiental. Ação civil pública. Convenção n. 169/OIT. Controle de convencionalidade. Norma supralegal. Competência. Zona de penumbra. Consulta prévia. Momento preciso. Terra indígena. Natureza incerta. Súmula 7/STJ. Resolução Conama. Decretos federais. Norma infralegal. Súmula 284/STF. Funai. Intervenção. Obrigatoriedade. Mera transcrição das razões do especial. Dialeiticidade. Ausência. Súmula 182/STJ.

1. A violação direta de convenção internacional supralegal deve ser alegada em recurso extraordinário interposto na origem e com agravo à Corte Suprema pendente.

2. Interpretações de Cortes internacionais a respeito de disposições convencionais de natureza supralegal devem ser submetidas à Corte competente para analisar a matéria. Ainda que se considere possível a apreciação da violação da norma federal infraconstitucional à luz das convenções internacionais por este Tribunal, na espécie, não se verifica a incompatibilidade entre os entendimentos jurisprudenciais internacionais e nacionais acerca do momento preciso de oitiva das comunidades indígenas.

3. As disposições legais e convencionais invocadas não definem o momento preciso em que deve ocorrer a consulta prévia, embora exijam serem anteriores à execução do empreendimento e ainda por ocasião do planejamento. Hipótese em que se condicionou a continuidade do planejamento à efetiva participação dos povos tradicionais afetados no licenciamento.

4. Decretos regulamentadores não se prestam à interposição de recurso especial. Incidência da Súmula 284/STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia").

5. A natureza indígena das áreas foi afastada pelo acórdão recorrido, razão pela qual se aplicou a Súmula 7/STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”) na decisão singular. A invocação de resolução do Conama como razões do especial não atende às possibilidades de cabimento do recurso constitucional, por não se tratar de lei federal.

6. A intervenção da Funai foi facultada e requerida. O órgão, entretanto, manteve-se inerte. A parte agravante pretende obrigar a manifestação da entidade na fase inicial do licenciamento, e não no curso do processo de licenciamento, conforme expressamente condicionado. Entretanto, limita-se a repetir as razões do especial, sem exercer a necessária dialeticidade com os pressupostos da decisão agravada. Hipótese da Súmula 182/STJ (“É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”).

7. Agravo interno conhecido em parte e, nessa extensão, não provido (AgInt no REsp 1.704.452/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 19/03/2020).

75. Ora, ainda que se reconhecesse competência do STJ para apreciar, em sede de recurso especial, as normas que possuem natureza supralegal, neste caso, a matéria está imbricada com a questão constitucional, em especial aquela veiculada no art. 231, § 3o. da CF/1988, conforme se observa do inteiro teor de acórdão recorrido.

76. Importante frisar, nesse contexto, que a própria Suprema Corte, em desdobramento destes autos, conheceu diretamente de pedido de suspensão ajuizado contra o acórdão ora recorrido, dada sua natureza constitucional (SL 125/2006) e, ainda, apreciou posterior reclamação (Rcl 14.404), tornando indiscutível o fundamento ora adotado, acerca da natureza constitucional da discussão acerca da violação ou não dos dispositivos da Convenção 169/OIT, levantados pelos recorrentes.

77. Da atenta análise do acórdão recorrido, verifica-se inexistir relevância, para a solução final da controvérsia, de qualquer interpretação ou aplicação que tenha sido ventilada acerca dos decretos que aprovaram e inseriram no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção 169/OIT, razão pela qual a argumentação de ofensa a tais decretos não preenche o requisito da fundamentação adequada.

78. Além disso, em que pese ser relevante a discussão acerca da natureza com que a referida norma internacional ingressou no ordenamento pátrio, o fato é que o acórdão recorrido buscou fundamentar suas conclusões mediante

a interpretação de dispositivos constantes da Carta Política de 1988, utilizando os regramentos da Convenção 169/OIT apenas como reforço de argumentação, para enfatizar que, em sua análise, todas as garantias trazidas pela referida norma já se encontravam albergadas no texto da Constituição Cidadã.

79. Não se deve olvidar que as disposições contidas na Convenção 169/OIT têm nítido caráter programático, cabendo a cada Estado signatário legislar sobre as questões nela tratadas, o que, no caso do Brasil e a respeito da autorização específica de que ora se trata, foi feito pelo próprio Constituinte, atraindo, como dito, a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a controvérsia.

80. O MPF apresentou substancioso parecer, opinando pelo não provimento dos Recursos Especiais, cuja ementa é a seguir transcrita:

Recursos especiais das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama e da União. Ação civil pública. Direito Ambiental. Consulta prévia às comunidades indígenas para posterior autorização pelo Congresso Nacional de obras em terras indígenas. Usina Hidrelétrica Belo Monte. I – Julgamento dos embargos de declaração com efeitos infringentes. Possibilidade. II – Inclusão dos embargos declaratório sem pauta de julgamento. Desnecessidade. Inteligência do art. 537, do CPC/73. III – Ofensa à reserva de plenário. Não ocorrência. Interpretação de legislação infraconstitucional. IV – Afronta ao Decreto-Legislativo 143/02, Decreto n. 5.051/04 e Decreto 788/05. Questão decidida com fundamento na Constituição Federal. V – Aplicação de multa coercitiva pelo Tribunal *a quo*. Ofensa não configurada. VI – Divergência jurisprudencial não demonstrada. VII – Pelo não provimento dos recursos especiais (fls. 3.608).

81. Ante o exposto, ratifico a admissão das associações indígenas na qualidade de litisconsorte ativa do MPF; não conheço dos Recursos Especiais do *Ibama* e da *União* e conheço em parte, negando provimento na parte conhecida aos Apelos Raros da *Eletronorte* e da *Eletrobrás*.

82. Prejudicado o Agravo Interno da *Eletrobrás* (fls. 5.448/5.487). É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Após o bem-lançado voto do eminente relator, Min. *Manoel Erhardt* (desembargador federal convocado), em que não conheceu dos recursos especiais do *Ibama* e da *União* e conheceu parcialmente

dos recursos especiais da *Eletronorte* e da *Eletronorte* para, nessas partes, negar-lhes provimento, julgando prejudicado o agravo interno de fls. 5.448/5.687, pedi vista antecipada dos autos para melhor exame e agora os trago a julgamento.

Os autos versam sobre ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor do *Ibama* e da *Eletronorte*, em que se questiona a existência de vício material do Decreto Legislativo n. 788/2005, tendo em vista a ausência de consulta prévia às comunidades indígenas afetadas pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, conforme determinação contida nos arts. 170, VI, e 231, § 3º, da Constituição da República e art. 6º, 1, “a”, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 143/2002 (e-STJ fl. 2.298).

A Corte Regional no acórdão de e-STJ fls. 2.298/2.372, manteve a sentença de improcedência do pedido.

No entanto, ao apreciar embargos de declaração opostos pelo *Parquet*, emprestou-lhes efeitos infringentes, para julgar procedente o pedido autoral e condenar o *Ibama* à obrigação de não fazer, consistente na proibição de adotar atos administrativos referentes ao licenciamento ambiental do empreendimento em questão, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso.

Eis a ementa que sumariou o julgamento proferido no âmbito do TRF-1ª (e-STJ fls. 2.598/2.604):

Constitucional, Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Embargos de declaração. Exploração de recursos energéticos em área indígena. Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará. Autorização do Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 788/2005) desprovida de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. Violação à norma do § 30 do art. 231 da Constituição Federal c/c os arts. 3o., item 1, 4o., itens 1 e 2, 6o., item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7o., itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2, da Convenção n. 169/OIT. Nulidade. Omissão do julgado. Ocorrência. Efeitos modificativos. Possibilidade.

I - Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma dos arts. 3o., item 1, 4o., itens 1 e 2, 6o., item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7o., itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção no. 169/OIT, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, veiculados com a finalidade de suprir-se a omissão apontada.

II - A discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de natureza sócio-ambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1o., e 543-C, *caput*) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie.

III - Nos termos do art. 231, § 3o., da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

IV - A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: “Artigo. 3o. 1. Os povos indígenas e tribais de verão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente -convenção; Artigo 4o. 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens,, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6o. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados, e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos ~s níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para

o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Artigo 7o. 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Artigo 13. 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; Artigo 15. 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

V - Afigura-se equivocado e omissivo o Acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto

Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da Presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar no. 125-6/PARÁ, arquivados em 12/11/2007, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/99 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar; na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5º, XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), como assim já orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF - Rel. Ministro Celso de Mello - julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min Celso de Mello, *inter plures*).

VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial -ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso.

VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

VIII - Na ótica vigilante da Suprema Corte, "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). O princípio do

desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado; quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC n. 3.540/DF - Rel. Min Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

IX - Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas - Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, *caput*, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, *caput* e incisos- XXXV e LXXVII11 e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos 1 a IX e 225, *caput*, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

XI - Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento.

XII - Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo n. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção no. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º).

Opostos novos embargos de declaração, desta vez pela *Eletrobras*, *União* e *Ibama*, foram rejeitados pelo TRF-1ª no acórdão de e-STJ fls. 3.030/3.054.

Contra o acórdão foram interpostos quatro recursos especiais. *Eletronorte* (e-STJ fls. 2.642/2.696), *Ibama* (e-STJ fls. 3.059/3.085), *Eletrobras* (e-STJ fls. 3.086/3.140) e *União* (e-STJ fls. 3.254/3.276).

O eminente relator originário, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, admitiu o ingresso de diversas associações indígenas como litisconsorte facultativos, com

amparo no art. 5º da LACP (fls. 5.151/5.155). Interposto agravo interno pela *Eletrobras* (e-STJ fls. 5.770/5.773).

Examinando as teses recursais, constato que, quanto à nulidade do aresto regional por negativa de tutela jurisdicional, arguida nos apelos especiais do *Ibama* e da *União*, acompanho o eminente relator na conclusão de que incide a Súmula 284 do STF quando a parte recorrente limita-se a sustentar violação ao art. 535, II, do CPC/1973 de forma genérica, sem especificar “em que consistiria a real ausência de pronunciamento e qual seria a relevância da tese suscitada apta a promover a alteração do julgado” (AgRg no REsp 1.318.004/AM, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, DJe 02/04/2013).

Outrossim, destaco que a decisão desfavorável à parte não configura negativa de prestação jurisdicional a admitir o acolhimento de especial por violação ao art. 535 do CPC/1973, pois “não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte” (AgRg no AREsp 567.716/RJ, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016).

In casu, o *Ibama* arguiu a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, ao argumento de que os embargos de declaração não se prestavam para o rejuízo da causa (e-STJ fls. 3.067/3.071), tese também agitada pela *União* em seu recurso sob alegação de que o julgado impugnado “subverteu a função do recurso de embargos declaratórios, devendo, assim, ser anulado e determinado novo julgamento, adstrito à análise de omissão, para fins apenas de prequestionamento, dos dispositivos apontados pelo MPF” (e-STJ fl. 3.264).

Ocorre que o Regional enfrentou aquele e os outros pontos reputados omissos pelos recorrentes e, no tocante aos efeitos infringentes atribuídos aos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, atestou que havia justificativa para o acolhimento do recurso integrativo, visto que o aresto embargado não se pronunciou especificamente acerca da aplicação das regras do art. 15, itens I e II, da Convenção da OIT (e-STJ fls. 3.038/3.041).

Destarte, inexistente a nulidade invocada.

Também acompanho o relator no tocante à nulidade do julgado recorrido por ofensa aos arts. 552 e 554 do CPC/1973, bem como ao art. 38 da LC 73/1993 e ao art. 6º da Lei n. 9.028/1995, arguida pela *União*, ante a falta de sua intimação pessoal sobre a inclusão dos embargos do *Parquet* em pauta de julgamento, haja vista a “substancial modificação do julgamento anterior” (e-STJ fls. 3.265/3.268).

O Regional, com lastro no art. 537 do CPC/1973, afirmou o seguinte (fls. 3.044/3.045):

Por fim, no que tange à alegação deduzida pela União Federal, no sentido de que houve cerceamento de defesa, decorrente da ausência de inclusão do feito em pauta de julgamento, também não merece êxito a súplica recursal, no particular.

Com efeito, nos termos do art. 537 do CPC, os embargos de declaração são apresentados em mesa, pelo Relator, para fins de julgamento, independentemente de inclusão em pauta, afigurando-se irrelevante a circunstância de ter ocorrido alteração na composição da Turma julgadora, tendo em vista que, em casos que tais, aplicam-se as regras de substituição dos seus membros, previstas nos respectivos regimentos internos dos tribunais.

Na hipótese em comento, por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto pelo douto Ministério Público Federal, a eminente Relatora sorteada, Desembargadora Selene Maria de Almeida, restou vencida, sendo Relator para Acórdão o não menos eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, nos termos do art. 196, caput, do RITRF 1ª Região.

Por intermédio do ATO/PRESI/ASMAG n. 232, de 09/2/2012, publicado no e-DJF1 de 14/2/2012, passei a integrar as colendas Terceira Seção e Quinta Turma deste egrégio Tribunal, vindo-me os presentes autos conclusos, em virtude da aposentadoria do eminente Relator p/ Acórdão, Desembargador Federal Fagundes de Deus, nos termos do 118, IV, "a", da norma regimental, em virtude do que os apresentei em mesa, para julgamento, na Sessão do dia 13/08/2012, independentemente de inclusão em pauta, nos exatos termos do referido art. 537 do CPC e, também, do art. 187, I, do RITRF 1ª Região.

Ademais, naquela oportunidade, as partes recorridas foram regularmente intimadas para apresentar contrarrazões aos embargos do Ministério Público Federal, tendo se manifestado às fls. 1.937/1.942, 2.006/2.015 e 2.029/2.032 dos presentes autos.

Não prospera, pois, também quanto a essa questão, a pretensão recursal em referência.

Como se observa, a matéria, na forma como agitada pela *União* no seu apelo especial, não foi examinada no aresto regional nem sequer a recorrente a invocou como fundamento para a nulidade do julgado por afronta ao art. 535 do CPC/1973.

Assim, incide *in casu* a Súmula 211 do STJ.

Não bastasse isso, "a uníssona jurisprudência desta eg. Corte é no sentido de que a falta da prévia intimação para sessão de julgamento não acarreta nulidade

do julgamento de embargos de declaração, pois não é cabível sustentação oral” (AgInt no AREsp 1.290.133/DF, Rel. Ministra *Nancy Andrigli*, *Terceira Turma*, julgado em 03/12/2018, DJe 05/12/2018).

Quanto à afronta à cláusula de reserva de Plenário, o Regional, ainda por ocasião do julgamento dos embargos de declaração da *Eletrobras, União e Ibama*, deixou anotado que não pronunciou a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 788/2005 (e-STJ fls. 3.043/3.044):

Relativamente à alegada violação ao princípio da reserva de plenário, inexistente, no particular, o vício apontado pelos embargantes, tendo em vista que, *no caso concreto, não se declarou a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 788/2005, através do procedimento formal do controle difuso de constitucionalidade do referido ato legislativo, circunstância essa que, em tese, reclamaria a observância da regra constante do art. 97 da Constituição Federal e do enunciado da Súmula Vinculante n. 10/STF.*

Com efeito, na hipótese em comento, a Turma julgadora apenas tomou como um dos fundamentos do julgado, a irregularidade material do diploma legislativo em referência, eis que editado sem a oitiva prévia das comunidades indígenas, conforme assim determina o art. 231, § 3º, da Constituição Federal, a desautorizar o licenciamento ambiental do empreendimento descrito nos autos, por vício material de procedimento, eis que instaurado ao arrepio das normas da Convenção Internacional 169/01T e do dispositivo constitucional de regência.

Assim, na mesma linha da argumentação de que lançou mão a douta Presidência do colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação da referida Suspensão de Liminar n. 125-6/PA, que, mesmo não declarando a constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 788/2005, amparou-se na sua suposta validade para deferir, parcialmente, o pleito liminar ali formulado, na hipótese em comento, a Turma julgadora, embora não declarando a inconstitucionalidade formal, incidenter tantum, do mencionado ato normativo, reconheceu a sua invalidade material, como fundamento da irregularidade do licenciamento ambiental descrito nos autos, também, sob esse enfoque.

Há de ver-se, ainda, que, nas ações coletivas de natureza ambiental, em que se busca a eficácia plena dos princípios emergentes do art. 225, *caput*, de nossa Lei Fundamental, com especial prevalência do princípio norteador da precaução, a exigir, em casos que tais, uma tutela jurisdicional de urgência, a invocação pela advocacia pública da necessidade de reserva de plenário ou de órgão especial, para o enfrentamento dessas questões constitucionais, na linha determinante do enunciado da Súmula Vinculante n. 10/STF, tem se caracterizado como um abusivo instrumento de protelação processual, com o propósito de inibir a necessária tutela de urgência que se impõe na instrumentalidade dessas ações em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como imperativo

constitucional do princípio da precaução, a desautorizar a tentativa imoral de obter-se o “fato consumado” das atividades agressoras do meio ambiente, o que de outra banda, já se obteve pelo instrumento ditatorial da “suspensão de segurança”. (Grifos acrescidos).

Ora, se o Tribunal *a quo* não deixou de aplicar preceito de lei federal por inconstitucionalidade, descabe falar em inobservância ao princípio da reserva de plenário (art. 480 do CPC/1973).

Dessa forma, no ponto, o especial denota deficiência de fundamentação a atrair o enunciado da Súmula 284 do STF, aplicável por analogia (AgInt no AREsp 697.335/SP, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 18/10/2017, e AgRg no REsp 1.104.269/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 17/03/2010), conforme declinado pelo eminente relator.

Também afasto a alegação de ofensa ao art. 4º, § 9º, da Lei n. 8.437/1992, arguida nos quatro recursos especiais, e ao art. 467 do CPC/1973, invocada nos recursos da *Eletrobras* e da *Eletronorte*, visto que, como externado pelo ministro relator, “não há falar-se em exequibilidade do acórdão recorrido, dada a superveniência da decisão liminar proferida pelo STF nos autos da Rcl 14.404/DF”, tampouco se discute violação da coisa julgada no âmbito do instituto da suspensão de liminar, dada a natureza eminentemente política do pronunciamento privativo do presidente do tribunal competente, sem ingresso no aspecto meritório da questão.

No mérito, destaco, de início, a relevância da matéria a ser dirimida para ambas as partes.

De fato, se, de um lado, há a necessidade de tutelar os interesses das comunidades indígenas situadas na Amazônia, de outro, não se pode descurar dos efeitos práticos da declaração de nulidade do licenciamento ambiental e do possível obstáculo para o regular funcionamento da Hidroelétrica de Belo Monte, empreendimento totalmente concluído e inaugurado oficialmente em 27/11/2019, com 11,2 mil megawatts de potência instalada e 60 milhões de pessoas atendidas, conforme informação colhida do sítio eletrônico da Norte Energia S.A. (<https://www.norteenergiasa.com.br/pt-br/uhe-belo-monte/historico> e <https://www.norteenergiasa.com.br/pt-br/> - acesso em 31/05/2021).

Nada obstante o relevo da questão, o Superior Tribunal de Justiça não pode inaugurar sua instância para ingressar no âmago da disputa, haja vista os contornos eminentemente constitucionais em que o tema foi solucionado

na Corte de origem, conforme se extrai do aresto impugnado (e-STJ fls. 2.521/2.597).

Ainda que se reconhecesse a competência do STJ para apreciar na via especial as normas de natureza supralegal (dispositivos da Convenção 169/OIT), essa matéria, como atestado pelo eminente relator, “está imbricada com a questão constitucional, em especial aquela veiculada no art. 231, § 3º, da CF/1988, conforme se observa do inteiro teor de acórdão recorrido”.

Nesse panorama, é incontestado a competência do Supremo Tribunal Federal para examinar o âmago da controvérsia, conforme sinalizado por aquela Corte, por ocasião da análise incidental da matéria (SL 125/2006 e Rcl 14.404/2012).

Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Danos ambientais. Competência fiscalizatória do Município. Falta de prequestionamento. Súmula 282/STF. Controvérsia solucionada com amparo constitucional. Competência do STF.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou (fl. 1.806-1.807, e-STJ): “Inicialmente, deve ser afastada a incompetência fiscalizatória da Prefeitura Municipal. Dispõe o inciso V do §1º do artigo 225 da Constituição Federal: (...) Desta forma, a Municipalidade, por meio da Secretaria do Verde e do Meio Ambiente do Município de São Paulo, agiu dentro de sua competência constitucional. Assim, é também da Municipalidade a competência para fiscalizar dano ambiental, seja ele potencial ou não”.

2. A princípio, não se pode conhecer da irrisignação contra a ofensa ao art. 7º, XIV, alínea “g”, da LC 140/2011, ao art. 11 da Lei 10.308/2001 e ao art. 11 da Lei 6.983/1981, uma vez que os mencionados dispositivos legais não foram analisados pela instância de origem. Ausente, portanto, o requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF.

3. Além disso, a matéria foi debatida com fundamento eminentemente constitucional (art. 225, § 1º, da CF/1988), sendo sua apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, consoante o art. 102, III, do permissivo constitucional. Assim, não é possível analisar a tese recursal, sob pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal estabelecida nas alíneas do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1.802.789/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 01/07/2019)

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. COFINS. Importação. Acórdão *a quo* assentado em fundamentação eminentemente constitucional. Competência do Supremo Tribunal Federal.

1. A controvérsia dos autos foi dirimida com base em fundamento eminentemente constitucional, o qual refoge a análise deste Tribunal Superior, em virtude do previsto no inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.562.910/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/06/2016, DJe 28/06/2016)

Com essas considerações, ao acompanhar o eminente Ministro relator, manifesto-me no sentido de não conhecer dos recursos especiais do *Ibama* e da *União*, conhecer em parte dos recursos especiais da *Eletronorte* e da *Eletrobras* e, nessas extensões negar-lhes provimento, julgando prejudicado o agravo interno de e-STJ fls. 5.448/5.687.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.699.663-RN (2017/0251099-5)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Enilde Marcolino Macedo

Advogado: Defensoria Pública da União

Recorrido: Universidade Federal do Rio Grande do Norte

EMENTA

Previdenciário. Recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Pensão por morte. Pessoa designada maior de 60 anos ou inválida. Legislação vigente à data do óbito. Ausência de derrogação do art. 217, I, *e*, da Lei n. 8.112/1990 com a superveniência da Lei 9.717/1998. Interpretação jurisprudencial em acordo com princípios constitucionais. Precedentes do STJ e STF. Necessidade de comprovação da dependência econômica do beneficiário em relação ao instituidor da pensão. Recurso especial provido.

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 - Cinge-se a controvérsia a estabelecer se o art. 5º da Lei n. 9.717/1998, ao vedar a concessão de benefícios no RPPS distintos daqueles previstos no RGPS, teria derogado, do regime próprio de previdência social dos servidores públicos da União - RPPS, a categoria de pensão civil estatutária destinada a pessoa designada maior de 60 anos ou inválida, prevista na redação original do art. 217, I, *e* e II, *d* da Lei n. 8.112/1990.

III - Analisando o tema, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação reconhecendo não ter o art. 5º da Lei n. 9.717/1998 excluído do RPPS a categoria de pensão civil estatutária prevista no art. 217 da Lei n. 8.112/1990 à pessoa designada, porquanto a vedação imposta pelo dispositivo restringe-se à criação de outras modalidades de benefícios, não dispostos no RGPS, sem alcançar o rol de dependentes previstos em cada um dos regimes.

IV - Da mesma maneira, esta Corte, ao afirmar que o art. 5º da Lei n. 9.717/1998 deve ser interpretado em conformidade com os princípios constitucionais norteadores das regras de proteção social - no caso, o princípio de proteção integral à pessoa idosa e com deficiência, como consectário do princípio da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito - sinaliza a adoção da mesma diretriz ao examinar a possível exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do art. 217 da Lei n. 8.112/1990.

V - Não se pode extrair da Lei n. 9.717/1998 comando suficiente a ensejar a revogação dos preceitos estabelecidos na Lei n. 8.112/1990, porquanto esse diploma legal, que veicula o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, contém disciplina específica e anterior àquela.

VI - O art. 5º da Lei n. 9.717/1998 veda a concessão de benefício estatutário não previsto no regime geral de previdência social, restrição que não alcança a contemplação de beneficiários distintos. Prevalece, assim, a compreensão da permanência da pessoa designada no rol de dependentes previdenciários do RPSS até a sua definitiva exclusão com a edição da MP n. 664.2014 (30/12/2014).

VII - A concessão de pensão por morte rege-se pela norma vigente ao tempo do óbito do instituidor do benefício, de modo que, ocorrido o óbito do servidor antes de 30/12/2014, é de se reconhecer o direito à pensão da pessoa designada maior de 60 anos ou inválida, desde que preenchidos todos os requisitos legais.

VIII - Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Benedito Gonçalves (Presidente) e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 11.6.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *Enilde Marcolino Macedo*, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 198e):

Administrativo. Servidor público federal. Pensão por morte. Pessoa designada. Maior de 60 anos. Lei 9.717/98 vigente à data do óbito. Aplicação. Ausência de previsão legal para o benefício postulado.

1. Insurgência recursal contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial, extinguiu o processo com resolução de mérito, a teor do artigo 269, I do Código de Processo Civil, deixando de acolher o pedido de concessão de pensão por morte de ex-servidor em favor de maior de sessenta anos.

2. A concessão dos benefícios previdenciários rege-se pelas normas vigentes ao tempo em que os beneficiários preenchem as condições exigidas pela norma disciplinadora da situação fática.

3. Houve revogação do art. 16, VI, da Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 9.032/95 e a consequente exclusão da pessoa maior designada do rol de dependentes do Regime Geral da Previdência Social.

4. O mesmo raciocínio aplica-se ao regime dos servidores públicos federais, em razão da equiparação dos regimes próprios de previdência social aos benefícios previstos no RGPS, consoante previsão do art. 5º da Lei n. 9.717/98.

5. Ausência de previsão normativa para a pretensão de implantação de pensão por morte em favor de pessoa designada, maior de 60 anos.

6. Apelação não provida.

Com amparo no art. 105, III, a, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos arts. 217, I, “e”, da Lei n. 8.112/1990 e 5º da Lei n. 9.717/1998, alegando, em síntese, não ser admissível considerar que o disposto no art. 5º da Lei 9.717/1998 tenha o condão de excluir o maior designado do rol de dependentes do art. 217 da Lei 8.112/1990. Pondera que a vedação de concessão de benefícios diversos daqueles previstos no RGPS não impede uma categoria diversa de dependente em benefício já previsto em lei (pensão por morte).

Com contrarrazões (fls. 228/240e), o recurso foi admitido (fls. 243e).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 253/257e, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Admissibilidade do recurso especial

Consigno que as questões federais debatidas encontram-se satisfatoriamente prequestionadas. Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, porquanto os

aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anota-se ter o acórdão impugnado dirimido a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais.

II. Delimitação da controvérsia

Cinge-se a presente controvérsia a estabelecer se o art. 5º da Lei n. 9.717/1998 teria derogado, do regime próprio de previdência social dos servidores públicos da União - RPPS, a categoria de pensão civil estatutária destinada a pessoa designada maior de 60 anos ou inválida, prevista na redação original do art. 217, I, e e II, d da Lei n. 8.112/1990.

III. Moldura normativa:

O art. 217, I da Lei n. 8.112/1990, em sua redação original, dispunha que a pensão por morte, vitalícia ou temporária, seria devida aos seguintes dependentes: (a) o cônjuge; (b) o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente; (c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar; (d) a mãe e o pai de comprovem dependência econômica do servidor; (f) a pessoa designada, maior de 60 anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor.

A Lei n. 8.213/1991, que rege o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, igualmente estabelecia como dependente previdenciário, em seu art. 16, IV, a pessoa designada, menor de 21 anos ou com mais de 60 anos ou inválida. Contudo, tal previsão foi alterada com o advento da Lei n. 9.032/1995, excluindo a pessoa designada no rol de dependentes do RGPS.

A mesma alteração só foi promovida no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, anos mais tarde, mediante a edição da MP n. 664/2014 (30/12/2014), finalmente excluindo de maneira expressa a pessoa designada do rol de dependentes do RPPS.

Ocorre que, anteriormente, após a promulgação da EC 20/1998, foi editada a Lei 9.717/1998 que, ao consignar regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos Militares dos Estados e do Distrito Federal, prevê a vedação de concessão de benefícios distintos daqueles previstos no RGPS, *in verbis*:

Art. 5º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal *não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social*, de que trata a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal (destaque meu).

Desse modo, impõe-se determinar se a vedação de concessão de benefícios distintos dos previstos no RGPS também alcançaria o rol de beneficiários do RPPS. Em outras palavras, há que se analisar se a exclusão da designação de pessoa do rol de dependentes previdenciários do RGPS, conduz, igualmente, a sua exclusão automática do RPPS.

IV. Panorama jurisprudencial:

Analisando o tema, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação reconhecendo não ter o art. 5º da Lei n. 9.717/1998 excluído do RPPS a categoria de pensão civil estatutária prevista no art. 217 da Lei n. 8.112/1990 à pessoa designada, porquanto a vedação imposta pelo dispositivo restringe-se à criação de outras modalidades de benefícios, não dispostos no RGPS, sem alcançar o rol de dependentes previstos em cada um dos regimes, como se extrai dos seguintes julgados:

Mandado de segurança. Regime próprio de Previdência Social do Servidor Público Federal. Pensão vitalícia instituída em favor de pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos (Lei n. 8.112/90, art. 217, inciso I, "e"). Possibilidade. Situação de dependência econômica do beneficiário em relação ao instituidor. Inaplicabilidade, ao caso, do disposto no art. 5º da Lei n. 9.717/98. Entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte. Recurso de agravo improvido.

(AgR no MS 32.085, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 19/02/2015 - destaque meu).

Agravo regimental em mandado de segurança. Acórdão do Tribunal de Contas da União que julgou ilegal o ato concessão de pensão civil. Beneficiária. Pessoa designada. Maior de 60 anos. Jurisprudência consolidada. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1) O Tribunal de Contas da União considerou ilegal e negou registro à pensão civil instituída por Maria Ivonete Vidal Freitas, em favor da impetrante, sua irmã, maior de 60 (sessenta) anos, negando-lhe o pertinente registro.

2) Com o falecimento da servidora, a impetrante passou a receber pensão vitalícia, com vigência a partir de 12/1/2004, com fundamento no art. 217, inciso I, alínea "e", da Lei n. 8.112/1990.

3) *In casu*, a decisão do TCU teve por fundamento apenas a derrogação, ora afastada. Dessa forma, anulada a decisão questionada e não existindo outra fundamentação para a negativa do registro, a Corte de Contas deve procedê-lo na forma legal.

4) Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR no MS 32.253, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 14/10/2015 - destaque meu).

Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Concessão de pensão por morte. Pessoa designada. Deficiência mental. Invalidez. Dependência econômica inequívoca. Regime próprio dos Servidores Públicos Civis da União. Ausência de derrogação do art. 217, II, "d", da Lei 8.112/1990 pelo art. 5º da Lei 9.717/1998. Recusa de registro.

1. *A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de que o art. 5º da Lei 9.717/98 não teve o condão de derogar categorias de beneficiários de pensão por morte do regime próprio de previdência dos servidores públicos federais, de molde a delimitá-las ao mesmo rol previsto para o regime geral. Precedentes.*

2. Assentada a subsistência da pessoa inválida designada, que viva sob a dependência econômica do servidor, categoria prevista no art. 217, II, "d", da Lei 8.112/90 - na redação vigente à data do óbito da instituidora, antes, portanto, da Medida Provisória n. 664/2014, convertida na Lei n. 13.135/2015 -, no rol de beneficiários de pensão por morte do regime próprio dos servidores civis da União, impõe-se, na espécie, a concessão da ordem mandamental. Segurança concedida.

(MS 33.652. Rel. Min. Rosa Weber, DJe 9.6.2016 - destaques meus).

Da mesma maneira, esta Corte, ao afirmar que o art. 5º da Lei n. 9.717/1998 deve ser interpretado em conformidade com os princípios constitucionais norteadores das regras de proteção social - no caso, o princípio de proteção integral à pessoa idosa e com deficiência, como consectário do princípio da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito - sinaliza a adoção da mesma diretriz em tema diverso, consoante se extrai dos acórdãos assim ementados:

Constitucional e Previdenciário. Mandado de segurança. Pensão por morte. Menor sob guarda judicial da falecida. Servidora pública. Princípio constitucional da proteção integral a crianças e adolescentes (CF, art. 227). Prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente. Concessão da ordem.

1. O menor sob guarda judicial de servidor público do qual dependa economicamente no momento do falecimento do responsável tem direito à pensão temporária de que trata o art. 217, II, b, da Lei 8.112/90.

2. O art. 5º da Lei 9.717/98 deve ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (CF, art. 227), como consectário do princípio fundamental da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 33, § 3º).

3. Segurança concedida.

(MS 20.589/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 03/06/2015, DJe 02/02/2016, destaque meu).

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Pensão por morte. Menor sob guarda judicial. Princípio da proteção integral a crianças e adolescentes (art. 227 da Constituição da República). Prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Súmula n. 83/STJ. Incidência. Precedente da Corte Especial. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada.

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

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o menor tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe ter o menor sob guarda o estado de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90).

III - Ademais, o art. 5º da Lei n. 9.717/98 deve ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da Constituição da República), como consectário do princípio da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim com o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos da decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça do Mandado de Segurança n. 20.589/DF.

IV - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

V - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.312.012/PI, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 11/04/2017 - destaque meu).

Cabe ainda registrar que o Tribunal de Contas da União, alterando sua orientação anterior, adotou entendimento na linha da jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo não ter o art. 5º da Lei n. 9.717/1998 derogado as disposições contidas no art. 217 da Lei 8.112/1990, no tocante às classes de dependentes *pessoa designada* e *menor sob guarda*, as quais permaneceram vigentes até a edição da MP n. 664/2014 (TCU - Acórdão 2.849/2019, Rel. *Walton Alencar Rodrigues*, sessão de 27/11/2019).

V. Da análise do caso concreto:

No caso, o óbito da servidora ocorreu em 12/01/2014 (fl. 141e), quando vigente a redação original do art. 217, I e da Lei n. 8.112/1990, arrolando a pessoa designada maior de 60 anos de idade como dependente previdenciária. Contudo, as instâncias ordinárias negaram o acesso ao benefício, ao fundamento de que, nesse período, já estaria em vigor a vedação contida no art. 5º da Lei 9.717/1998, impossibilitando, assim, o reconhecimento da pessoa designada como dependente do RPPS, uma vez que tal categoria já teria sido excluída do RGPS.

Entretanto, diante de tal quadro normativo e jurisprudencial, não se pode, em meu sentir, extrair da Lei n. 9.717/1998 comando suficiente a ensejar a revogação dos preceitos estabelecidos na Lei n. 8.112/1990, porquanto esse diploma legal, que veicula o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, contém disciplina específica e anterior àquela.

É certo que tal disposição, alinhada aos ditames da EC 20/1998, voltada à maior conformidade entre os dois sistemas previdenciários, tem caráter prospectivo, vale dizer, que a proibição contida na norma tem por objeto a futura ação legislativa, evitando-se que normas previdenciárias editadas após a Lei n. 9.717/1998 não atendam à fidelidade estrita entre os dois sistemas.

Não obstante, a norma de proteção social deve ser interpretada em seu viés assecuratório, em conformidade com o amparo constitucional da pessoa idosa e com deficiência. Assim, havendo regra a tutelar o direito perseguido em juízo, não deve o julgador adotar interpretação restritiva da norma, de modo a reduzir seu alcance.

Ademais, cabe destacar que o art. 5º da Lei n. 9.717/1998 veda a concessão de benefício estatutário não previsto no regime geral de previdência social, restrição que não alcança a contemplação de beneficiários distintos.

As normas em análise têm, portanto, conteúdos diferentes: enquanto uma trata de regras sobre benefícios previdenciários, a outra enumera beneficiários

do regime previdenciário, o que impõe a conclusão de que uma norma não exclui a outra, mas, diversamente, que ambas coexistem.

Prevalece, assim, a compreensão da permanência da pessoa designada no rol de dependentes previdenciários do RPSS até a sua definitiva exclusão com a edição da MP n. 664.2014 (30/12/2014).

Vale lembrar que a concessão de pensão por morte rege-se pela norma vigente ao tempo do óbito do instituidor do benefício, de modo que, ocorrido o óbito do servidor antes de 30/12/2014, é de se reconhecer o direito à pensão da pessoa designada, desde que preenchidos todos os requisitos legais.

Recorde-se que esta Corte admite o reconhecimento da condição de dependente da pessoa designada ainda que não tenha havido o registro oficial dessa informação no cadastro pessoal do servidor, admitindo-se que a ausência do ato formal de designação seja suprida por outros meios idôneos capazes de demonstrar a relação de dependência entre a pensionista e a servidora.

Nesse sentido, precedente que bem ilustra essa orientação:

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Pensão por morte instituída por servidor público. Art. 217, II, d da Lei 8.112/90. Netos menores de 21 anos. Pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada é suficiente para a comprovação da dependência econômica. Prévia designação de dependentes. Formalidade que pode ser suprida por outros meios idôneos. Precedentes do STJ. Agravo regimental desprovido.

1. Ficou estabelecido nos autos que os requerentes viviam às expensas de pensão alimentícia, judicialmente definida, paga pelo avô, Servidor Público. Assim sendo, a dependência econômica se presume, pois constitui corolário lógico da determinação de pagamento de alimentos provisionais, não necessitando, por consequência, ser demonstrada por qualquer outro meio de prova.

2. Nos termos do art. 217, II, d da Lei 8.112/90, é beneficiário da pensão por morte a pessoa designada que viva na dependência econômica do Servidor, até 21 anos.

3. *A designação representa, tão-somente, o aperfeiçoamento de um ato de vontade, trata-se de uma formalidade que visa facilitar e abreviar os trâmites burocráticos para o pagamento da pensão por morte, não podendo ser encarada como condição determinante, sob pena de perpetrar injustiças insuperáveis em relação àqueles que por desatenção, desídia ou mesmo ignorância deixam de formalizar nos assentamentos funcionais o registro dos dependentes.*

4. A jurisprudência desta Corte firmou a orientação de que a ausência de ato formal de designação pode ser suprida por outros meios idôneos capazes de

demonstrar o desejo do Servidor de instituir dependente como beneficiário da pensão.

5. Preenchidos os requisitos do art. 217, II, d da Lei 8.112/90, uma vez devidamente comprovada a menoridade e a dependência econômica, é de rigor o restabelecimento da pensão por morte instituída pelo Servidor Público falecido em proveito dos netos, que anteriormente eram mantidos pelo avô por meio de pensão alimentícia.

6. Agravo Regimental do INSS desprovido.

(AgRg no REsp 1.362.822/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 17/04/2013 - destaque meu).

Nesse cenário, impõe-se determinar o retorno do feito à origem para que se analise se a autora, de fato, preenche os requisitos para a concessão da pensão, especialmente a comprovação de que dependia economicamente do servidor instituidor da pensão.

Isto posto, *dou provimento* ao Recurso Especial, para afastar a interpretação segundo a qual, com a edição da Lei n. 9.717/1998, teria havido a exclusão da pessoa maior de 60 anos designada ou inválida do rol de dependentes do regime próprio de previdência e determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para análise dos demais requisitos para a concessão do benefício previdenciário.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.725.452-RS (2018/0038785-5)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Relatora para o acórdão: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Sir Computadores Ltda

Advogados: Jussandra Maria Hickmann Andraschko - RS062730

Samuel Hickmann - RS072855

Recorrido: Fazenda Nacional

Interes.: IDV - Instituto para Desenvolvimento do Varejo - “Amicus Curiae”

Advogados: Gláucia Maria Lauletta Frascino - SP113570

Roque Antônio Carrazza e outro(s) - SP140204

Ariane Costa Guimarães e outro(s) - DF029766

Interes.: Assoc Brasileira da Industria Eletrica e Eletronica - “Amicus Curiae”

Advogados: Daniella Zagari Gonçalves - SP116343

Cristiane Romano Farhat Ferraz - DF001503A

Advogada: Janaina Santos Castro e outro(s) - DF046175

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Disciplina do art. 178 do CTN à hipótese de alíquota zero. Possibilidade. Não sujeição dos varejistas aos efeitos do art. 9º da MP n. 690/2015 (convertida na Lei n. 13.241/2015). Presença de onerosidade (contrapartida) no contexto do incentivo fiscal da Lei n. 11.196/2005 (“Lei do Bem”). Prematura cessação da incidência de alíquota zero. Vulneração da norma que dá concretude ao princípio da segurança jurídica (proteção da confiança) no âmbito das isenções condicionadas e por prazo certo. Inteligência da Súmula n. 544/STF.

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. Aplica-se, *in casu*, o Código de Processo Civil de 2015.

II - Adequada a aplicação do art. 178 do Código Tributário Nacional à hipótese de fixação, por prazo certo e em função de determinadas condições, de alíquota zero da Contribuição ao PIS e da Cofins, porquanto os contribuintes, tanto no caso de isenção, quanto no de alíquota zero, encontram-se em posição equivalente no que tange ao resultado prático do alívio fiscal.

III - À luz de tal norma, não alcança o varejista a revogação prevista no art. 9º da MP n. 690/2015 (convertida na Lei n. 13.241/2015), dispositivo que antecipa, em três exercícios, o derradeiro dia da redução a zero, por prazo certo, das alíquotas da Contribuição ao PIS e da Cofins incidentes sobre a receita bruta das alienações dos produtos especificados na Lei n. 11.196/2005 (“Lei do Bem”).

IV - A fruição da apontada desoneração sujeitava o varejista: (i) à limitação do preço de venda; e (ii) à restrição de fornecedores, traduzindo inegável restrição à liberdade empresarial, especialmente, no ambiente da economia de livre mercado. Esse cenário, revela a contrapartida da Recorrente diante da ação governamental voltada à democratização do acesso aos meios digitais, pois esteve a contribuinte submetida ao desdobramento próprio daquele ônus – a diminuição do lucro –, impondo-se a imediata readequação da estrutura do negócio, além da manutenção dessa conformação empresarial durante o longo período de vigência do incentivo.

V - A proteção da confiança no âmbito tributário, uma das faces do princípio da segurança jurídica, prestigiado pelo CTN, deve ser homenageada, sob pena de olvidar-se a boa-fé do contribuinte, que aderiu à política fiscal de inclusão social, concebida mediante condições onerosas para o gozo da alíquota zero de tributos. Consistindo a previsibilidade das consequências decorrentes das condutas adotadas pela Administração outro desdobramento da segurança jurídica, configura ato censurável a prematura extinção do regime de alíquota zero, após sua prorrogação para novos exercícios, os quais, somados aos períodos anteriormente concedidos, ultrapassam uma década de ação indutora do comportamento dos agentes econômicos do setor, inclusive dos varejistas, com vista a beneficiar os consumidores de baixa renda.

VI - A açodada cessação da incidência da alíquota zero da Contribuição ao PIS e da Cofins, vulnera o art. 178 do CTN, o qual dá concretude ao princípio da segurança jurídica no âmbito das isenções condicionadas e por prazo certo (Súmula n. 544/STF).

VII - Recurso Especial provido, nos termos expostos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista) e Gurgel de Faria (voto-vista), dar provimento ao recurso especial a fim de se declarar o seu direito de usufruir do benefício de

redução a zero das alíquotas do PIS e da COFINS, estabelecido nos artigos 28 a 30 da Lei 11.196/2005, pelo prazo previsto no art. 5º da Lei 13.097/15, qual seja, 31.12.2018, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Regina Helena Costa (art. 52, IV, b, RISTJ). Os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região).

Brasília (DF), 08 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 15.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Sir Computadores Ltda.*, com fundamento nas alíneas a e c do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim ementado:

Tributário. PIS. COFINS. Lei n. 11.196/2005. “Lei do Bem”. Programa de inclusão digital. Produtos de informática. Alíquota zero. MP n. 690/2015. Aumento alíquota. Legalidade.

Segundo o entendimento prevalente neste Colegiado, a Medida Provisória 690/2015, convertida na Lei 13.241/2015, não está revogando uma isenção concedida por prazo certo e sob determinadas condições, mas simplesmente majorando alíquota em conformidade com todos os critérios constitucionais exigidos, sendo, pois, inaplicável o disposto no artigo 178 do Código Tributário Nacional.

Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que à revogação de alíquota zero, concedida por prazo certo e sob condições, aplica-se o disposto no art. 178 do CTN, que, interpretado *a contrario sensu*, veda a revogação das isenções onerosas antes de decorrido integralmente o prazo originalmente estabelecido para a sua vigência.

Isso porque tal preceito da codificação tributária não é senão uma projeção específica dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança e, por essa razão, o seu comando haveria de ser respeitado mesmo que o CTN silenciasse a respeito.

Deve ser considerada, contudo, a peculiaridade de a revogação estabelecida pela MP n. 690/2015 alcançar mera prorrogação do incentivo, e não o prazo originalmente fixado pela Lei n. 11.196/2005. (fls. 204)

2. Em seu Apelo Especial, a Empresa Contribuinte defende o direito à continuidade do benefício fiscal advindo da Lei 11.196/2005, que instituiu o Programa de Inclusão Digital, estabelecendo alíquota zero da Contribuição ao PIS e da COFINS até 31.12.2018.

3. Assevera que o entendimento firmado pelo Tribunal de origem afronta o disposto no art. 178 do CTN, diante da ilegalidade da Lei 13.241/2015, que revogou o benefício fiscal antes do prazo final estabelecido na Lei 12.097/2015, qual seja 31.12.2018, ferindo a confiança depositada legitimamente pela recorrente na vigência das regras, sobretudo em razão dos investimentos a longo prazo e da projeção de negócios realizada pela recorrente.

4. Apresentadas Contrarrazões (fls. 291/295), seguiu-se juízo positivo de admissibilidade recursal.

5. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador Geral da República *José Bonifácio Borges de Andrada*, manifestou-se pelo *não conhecimento do Recurso Especial*.

6. Por decisões de fls. 582 e 583/584, deferi o ingresso no presente feito do IDV-Instituto para o Desenvolvimento do Varejo e da Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica, na condição de *amicus curiae*.

7. É, em suma, o breve relatório.

VOTO

Ementa: I. Tributário e Processual Civil. Recurso especial. PIS. COFINS. Programa de inclusão digital. Lei 11.196/2005, agnominada de Lei do Bem. Incentivos fiscais concedidos a toda a cadeia de comercialização de produtos eletrônicos e de informática objetivando incrementar a inovação tecnológica do país.

II. Redução a zero das alíquotas do PIS e da COFINS incidentes sobre a receita bruta decorrente das vendas de produtos eletrônicos e de informática, por prazo determinado e sob condição onerosa.

III. Prorrogação do prazo pela Lei 13.097/2015 até a data de 31.12.2018. Antecipação do vencimento desse prazo, pela Lei

13.241/2015, em afronta ao princípio da segurança jurídica insculpida no art. 178 do CNT e na Súmula 544 do colendo Supremo Tribunal Federal.

IV. Controvérsia jurídica subconstitucional, de acordo com orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 1.266.902, Rel. Min. Edson Fachin; RE 1.124.753, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 1.188.307, Rel. Min. Edson Fachin); RE 1.224.213, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 1.250.662, Rel. Min. Gilmar Mendes.iv. Recurso especial conhecido e provido, para declarar o direito da sociedade empresarial de usufruir do benefício de redução a zero das alíquotas do PIS e da COFINS, estabelecido nos arts. 28 a 30 da Lei 11.196/2005, pelo prazo previsto no art. 5o. da Lei 13.097/15, ou seja, até 31.12.2018.

1. A controvérsia dos presentes autos cinge-se à legalidade, ou não, da revogação pela Lei 13.241/2015 do benefício fiscal concedido pela Lei 11.196/2005, e prorrogado pela Lei 13.097/2015 até 31.12.2018, que estabeleceu alíquota zero da Contribuição do PIS e da COFINS incidentes sobre a receita bruta a varejo de produtos relacionados ao Programa de Inclusão Digital.

2. Para o pronunciamento sobre tal questão, convém se dizer que a competência desta Corte Superior já se acha definida, pois o eminente Ministro *Edson Fachin* proferiu decisão no RE 1.266.902, afirmando que, *in casu*, verifica-se que a discussão envolvendo a incidência da Lei 13.241/2015 e a aplicação do disposto no artigo 178 do Código Tributário Nacional *possui natureza infraconstitucional*, configurando, quando muito, ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que torna inadmissível o recurso extraordinário.

3. No julgamento do RE 1.124.753. o eminente Ministro *Ricardo Lewandowski* negou seguimento ao recurso sob o mesmo entendimento de que se trataria de matéria infraconstitucional de competência do STJ. No mesmo sentido: RE 1.188.307 (Min. *Edson Fachin*), RE 1.224.213 (Min. *Cármen Lúcia*), RE 1.250.662 (Min. *Gilmar Mendes*). Portanto, não há dúvidas quanto à competência desta colenda Corte Superior para análise da presente discussão tendo em vista o seu caráter infraconstitucional.

5. O julgamento deste REsp 1.725.452/RS repõe em cena o exame da velha e sempre atual discussão a respeito das garantias dos

contribuintes dos diversos tributos, diante das crescentes investidas dos poderes estatais tributantes sobre os patrimônios privados, realimentando a secular tensão que sempre qualificou as relações dos indivíduos com as potestades do Estado. Como se sabe, isso serviu de motivo ou estopim para revoluções que se tornariam *historicamente paradigmáticas*, em razão, principalmente, de seus poderosos conteúdos demoliberalizantes.

6. Trata-se, aqui, de controlar, pela via da jurisdição judicial tributária, a legitimidade – ou não – da antecipação do término de eficácia da Lei 11.196/2005, agnominada de Lei do Bem, que instituiu a *redução a zero* (0%) da alíquota da Contribuição do PIS e da COFINS sobre a receita bruta decorrente das vendas de produtos eletrônicos e de informática, *até dezembro de 2018*, tal como previsto nos arts. 28 a 30 dessa mesma Lei, com as prorrogações de prazo introduzidas pelas Leis 11.249/2010 e Lei 13.097/2015.

7. Essas sucessivas prorrogações revelam que o *zeramento da alíquota PIS/COFINS* era, naquela altura, *uma política fiscal consistente e destinada a permanecer*, já que os seus resultados se mostravam auspiciosos, tanto que o Governo entendeu conveniente e oportuna a sua prorrogação. Contudo, em 31 de agosto de 2015, sobreveio a MP 690/2015, convertida na Lei 13.241/2015, que *reduziu abruptamente o prazo de fruição do benefício* pela alteração do disposto nos arts. 28, 28-A e 29 da Lei 11.196/2005, revogando a exoneração fiscal a partir de 1o.12.2015.

8. *As regras do Direito Tributário são para tutelar o contribuinte contra as demasias do poder estatal tributante e não para instrumentar as suas investidas (do poder estatal tributante) sobre os patrimônios dos contribuintes.* A contenção dos poderes estatais é, aliás, a síntese funcional de todos os institutos que compõem as várias disciplinas do Direito Público.

9. Na hipótese dos autos, o benefício da desoneração da contribuição do PIS e da COFINS foi concedido *com termo certo para findar, sendo que, em contrapartida, se exigiu das empresas que cumprissem condições e requisitos específicos*, como investimentos em pesquisa e limitações dos preços de produtos, sendo um exemplo as restrições contidas no art. 2º do Decreto 5.602/2005.

10. Não há dúvida jurídica alguma de que se trata, neste caso, de *desoneração tributária onerosa*, alívio fiscal que *depende de contrapartida econômica do contribuinte*, não sendo, portanto, benesse estatal ou coisa que se dê a *fundo perdido*, sem qualquer retribuição da parte beneficiária. Assim, a revogação questionada materializa afronta direta ao art. 178 do CTN e ao princípio da proteção da confiança, aqui consideradas (essas garantias) como elementos indisponíveis, inelimináveis e plenamente eficazes.

11. Deve-se entender que a redução de qualquer alíquota a zero significa *o mesmo que conceder uma isenção tributária* para certas operações que dantes sofriam tributação e agora não mais a sofrem. Na verdade das coisas, a denominada alíquota zero significa, *na relação financeira de qualquer tributo*, uma autêntica *inexistência real ou concreta de tributação*. E assim é porque *o zero nada expressa*, nada quantifica e não veicula a ideia de número algum, nem inteiro e nem de fracionário.

12. Sobre a equiparação dos institutos da alíquota zero e da isenção tributária, há elucidativo julgado da Excelsa Corte, no RE 635.688/RS, da relatoria do eminente Ministro *Gilmar Mendes*, pela sistemática da repercussão geral, reconhecendo que, *embora a isenção e a alíquota zero tenham naturezas distintas, a consequência é a mesma, em razão da desoneração do tributo, sendo impositiva a observância do princípio da legalidade*.

13. Não se trata, em absoluto, de tentar impedir o poder tributante de tributar, *mas de manter o seu exercício dentro de padrões jusgarantísticos seguros*, respeitantes das premissas ou dos fundamentos do sistema tributário. O poder estatal tributário normador *não poderá, jamais, ser exercido sem condicionamentos e contenções externas e superiores à vontade dos respectivos agentes tributários estatais*.

14. Neste caso concreto, o elemento condicionador que por primeiro aflora à mente de quem o analisa é o *da proibição de que a obrigação tributária possa ser positivada sem respeito às garantias dos contribuintes*. Havendo, como há nesta hipótese, *termo extintivo* para a aplicação de determinada isenção de tributo, não se poderá tolerar que, *antes do advento desse termo*, o poder tributante surpreenda os contribuintes e revogue o benefício, *antecipando-se ao vencimento do seu prazo, levado somente pelo ânimo de tributar*.

15. *A alteração de condição fiscal anterior mais favorável ao contribuinte não poderá ser validamente feita de súbito*, devendo, pelo contrário, ater-se ao salutar propósito de evitar surpresas onerosas e onerações inesperadas. A proibição da *surpresa tributária* é o princípio de ordem moral que veda ao poder tributante desrespeitar o *planejamento tributário dos contribuintes*, como se a sua atividade produtiva fosse uma coisa improvisada e sem plano prévio, se os seus compromissos fossem passíveis de descumprimentos unilaterais e inconsequentes ou os projetos de manutenção e de expansão dos seus negócios empresariais fossem independentes dos seus recursos financeiros.

16. Este caso é um exemplo perfeito de como *não deve agir o poder tributante*, pois é palpável a violência que se embute na iniciativa revocatória do termo final da isenção tributária, *causando enorme surpresa e graves prejuízos aos contribuintes que se fiaram na promessa do Governo e se adaptaram à produção incentivada de bens econômicos*.

17. Chega-se à conclusão de que a desoneração das alíquotas do PIS e da COFINS, concedida por prazo certo e sob condição onerosa, jamais poderia ser revogada antes do tempo aprazado, sob pena de infringir o princípio da segurança jurídica, textualmente positivado na regra do art. 178 do CTN e na Súmula 544-STF, que protege o contribuinte contra arbítrios praticados pelo Ente Fazendário, independentemente da modalidade ou técnica de desoneração empregada.

18. Recurso Especial da Sociedade Empresária conhecido e provido, a fim de se declarar o seu direito de usufruir do benefício de redução a zero das alíquotas do PIS e da COFINS, estabelecido nos artigos 28 a 30 da Lei 11.196/2005, pelo prazo previsto no art. 5º da Lei 13.097/15, qual seja, 31.12.2018.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A discussão do presente feito centra-se na legitimidade, ou não, da revogação, pela Lei 13.241/2015, do benefício fiscal concedido, por prazo certo e sob condição, pela Lei 11.196/2005, que estabeleceu alíquota zero da Contribuição ao PIS e da COFINS incidentes sobre a receita bruta a varejo de produtos relacionados ao Programa de Inclusão Digital.

2. Para o pronunciamento sobre tal questão, convém se dizer que a competência desta Corte Superior já se acha definida, pois o eminente Ministro *Edson Fachin* proferiu decisão no RE 1.266.902, afirmando que, *in casu*, verifica-se que a discussão envolvendo a incidência da Lei 13.241/2015 e a aplicação do disposto no artigo 178 do Código Tributário Nacional possui natureza infraconstitucional, configurando, quando muito, ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que torna inadmissível o recurso extraordinário.

3. No julgamento do RE 1.124.753, o eminente Ministro *Ricardo Lewandowski* negou seguimento ao recurso sob o mesmo entendimento de que se trata de matéria infraconstitucional de competência do STJ. No mesmo sentido: RE 1.188.307 (Min. *Edson Fachin*), RE 1.224.213 (Min. *Cármen Lúcia*), RE 1.250.662 (Min. *Gilmar Mendes*). Portanto, não há dúvidas quanto à competência desta colenda Corte Superior para análise da presente discussão tendo em vista o seu caráter infraconstitucional.

4. Logo, presentes todos os pressupostos processuais de admissibilidade, e, especialmente por se tratar de debate de caráter eminentemente infraconstitucional, referente à afronta do art. 178 do CTN, passa-se à apreciação do mérito recursal por esta Corte Superior.

5. O julgamento deste REsp 1.725.452/RS repõe em cena o exame da velha e sempre atual discussão a respeito das garantias dos contribuintes dos diversos tributos, diante das crescentes investidas dos poderes estatais tributantes sobre os patrimônios privados, realimentando, do meu ponto de vista, a secular tensão que sempre qualificou as relações dos indivíduos com as potestades do Estado. Como se sabe, isso serviu de motivo ou estopim para revoluções que se tornariam *historicamente paradigmáticas*, em razão, principalmente, de seus poderosos conteúdos demoliberalizantes.

6. Trata-se, aqui, de controlar, pela via da jurisdição judicial tributária, a legitimidade – ou não – da antecipação do término de eficácia da Lei 11.196/2005, agnominada de Lei do Bem, que instituiu a *redução a zero* (0%) da alíquota da Contribuição ao PIS e da COFINS sobre a receita bruta decorrente das vendas de produtos eletrônicos e de informática, *até dezembro de 2018*, tal como previsto nos arts. 28 e 30 dessa mesma Lei, com as prorrogações de prazo introduzidas pelas Leis 11.249/2010 e Lei 13.097/2015.

7. É claro que a Lei do Bem foi festejada com muita euforia pelos destinatários de suas previsões redutoras da carga tributária, como o foi também pelo Governo, que assim implementou a sua *política de alívio*

do famigerado ônus fiscal do *custo Brasil*, do qual se diz ser um dos maiores do mundo. O que é certo é que o Governo, pelo bem ou pelo mal, instituiu esse alívio, o qual, no entanto, *não veio como um manjã caído do céu*, pois os seus afortunados beneficiários teriam de cumprir certas exigências operacionais e orçamentárias, *impostas como insuperável condição para a percepção ou fruição do mencionado benefício*.

8. Até aí, nada de estranhável ou passível de qualquer crítica, pois é comum, nos mecanismos e malabarismos da política fiscal, o incentivar ou o desestimular comportamentos individuais e coletivos economicamente relevantes. Pelo contrário, essa *intervenção por indução* – para citar a expressão cunhada pelo eminente Professor Ministro EROS ROBERTO GRAU – é até mesmo vista como uma *forma democrática* de suscitar cooperações e envolvimento sociais, institucionais e empresariais no amplo e complexo processo de planejamento do desenvolvimento econômico e social, *máxime quando estatalmente vetorizado, como ocorre no caso brasileiro*.

9. A Lei do Bem (Lei 11.196/2005) previa a fruição da redução da alíquota daquelas exações até 2009. Em 2009, esse benefício foi prorrogado até 2014 (MP 472/2009 e Lei 11.249/2010). Em 2014, nova prorrogação, agora para 2018 (MP 656/14 e Lei 13.097/2015). Essas sucessivas prorrogações revelam, a meu ver, que o *zeramento da alíquota* da PIS/COFINS era, naquela altura, *uma política fiscal consistente e destinada a permanecer*, já que os seus resultados se mostravam auspiciosos, tanto que o Governo entendeu conveniente e oportuna a sua prorrogação.

10. Contudo, de repente e não mais que de repente, em 31 de agosto de 2015, pela MP 690/2015, depois convertida na Lei 13.241, de 30.12.2015, *reduziu-se abruptamente o prazo de fruição do benefício* e, a partir dessa revogação, do riso fez-se o pranto silencioso e branco como a bruma. Vieram daí várias ações judiciais, *questionando a higidez jurídica de tal coisa*, já tendo aportado no STJ um número significativo delas, enquanto cerca de 500 ainda tramitam nas instâncias ordinárias REsp 1.809.906/CE, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*; REsp 1.674.821/PR, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, REsp 1.851.308/PE, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*; REsp 1.848.221/RS, Rel. Min. *Og Fernandes*; REsp 1.726.347/RS, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*; REsp 1.658.638/SC, Rel. Min. *Francisco Falcão*; REsp 1.731.073/SP, Rel. Min. *Sérgio Kukina*, REsp 1.717.330/PR, Rel. Min. *Assusete Magalhães*; REsp 1.804.420/SE; Min. *Gurgel de Faria*; REsp 1.768.384/SC, Rel. Min. *Assusete Magalhães*; REsp 1.771.592/

RS, Rel. Min. *Herman Benjamin*, REsp 1.722.026/RS, Rel. Min. *Francisco Falcão*; REsp 1.818.374/RS, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, REsp 1.818.299/SP, Rel. Min. *Gurgel de Faria*; REsp 1.845.082/SP, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*; REsp 1.848.819/PE, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*; REsp Min. *Mauro Campbell Marques*, dentre outros tantos feitos recursais.

11. Poderia esta veneta do Governo simplesmente retirar da cena econômica do País a figura da isenção ora em exame? Penso eu, com a devida e respeitosa vênua dos que pensam de modo oposto – e sei que são a maioria – que *as regras do Direito Tributário são para tutelar o contribuinte contra as demasias do poder estatal tributante e não para instrumentar as suas investidas (do poder estatal tributante) sobre os patrimônios dos contribuintes*. Se esta premissa fosse aceita sem maiores resistências, penso que seriam mais livres e lépidas as relações entre o Fisco e os seus contribuintes, *mas sei também que isso é coisa que fica para as kalendas gregas*.

12. E no plano puramente legalista e positivista, mesmo no mais cerrado normativismo, será que não há como se harmonizar esse renitente conflito? Penso que sim, penso otimistamente que sim, porque *nenhuma ordem jurídica é tão acerbamente vedadora de iniciativas judiciais que não deixe alguma fresta para por ela poder passar a ideia de justiça*. Nenhuma lei tem a força vedante de impedir ao Juiz de realizar a justiça do caso concreto, *quando ele está determinado a isso*.

13. A descoberta do significado jurídico de qualquer regra positivada, seja uma lei ou um precedente judicial de qualquer natureza, não se resume à sua simples leitura. É uma evidência que as palavras das regras escritas ou postas pelo legislador (leis) ou pelos julgadores (precedentes) não dão conta do seu significado. Como bem disse o jurista e historiador inglês Professor RALPH MILIBAND (1924-1994), a propósito do tema da aplicação das leis escritas,

os juízes não são máquinas de efetivar a lei ou prisioneiros indefesos da estrutura legal ou meros expositores da lei, como eles se consideram. Dentro do sistema legal de todos os países capitalistas do mundo, há lugar, inevitavelmente, para a discricção judicial e para a criatividade judicial no exercício efetivo da jurisdição (O Estado na Sociedade Capitalista. Tradução de Fanny Tabak. Rio de Janeiro: Zahar, 1972, p. 171).

14. A filósofa alemã HANNAH ARENDT (1906-1975), ao analisar a questão do mal – *ou da injustiça* – entendeu que essa prática tão antiga se deve à carência da capacidade de pensar de quem a comete. Isso quer dizer que o homem que não pensa não descobre a sua própria humanidade e se torna vítima

de sua desumanização. O ser humano que não dialoga consigo mesmo – *e nisso se define o exercício do seu pensar e do seu refletir – passa a ser um sujeito perigoso*. O homem deixa de ter comunicação consigo, quando se demite da capacidade de pensar. É o pensamento que o leva à identificação do outro e sem essa correlação *o homem isolado se converte numa fera*, no sentido de que não se vê e não se acha nos seus semelhantes (Responsabilidade e Julgamento. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004).

15. Na observação da filósofa americana SUSAN NEIMAN, a frequência com que ocorrem situações de malignidade no mundo a fez concluir que as instituições sociais (e, obviamente, entre elas o Direito) não são reproduções fieis das concepções idealizadas, como imaginaram os autores do passado. Registra ela que

o real não apenas *não é idêntico ao racional*: eles nem sequer estão relacionados. Não é preciso nenhuma teoria para fazer essa observação. Qualquer observação do mundo que dure mais de dois minutos deverá bastar. Sempre que emitimos o julgamento – isso não deveria ter acontecido – estamos enveredando por um caminho que conduz diretamente ao problema do mal (O Mal no Pensamento Moderno. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Difel, 2003, p. 17).

16. Veja-se, agora, o marco da regulação legal, posto pela Lei do Bem (Lei 11.196/2005), na redação da Lei 13.097/2015, *que prorrogou para 2018 o prazo de fruição do benefício de que se está a tratar, neste caso*:

Lei. 11.196/2005:

Art. 28 – Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a receita decorrente da venda dos produtos de que trata o art. 14, quando auferida pela pessoa jurídica varejista definida na forma do art. 17.

Lei 13.097/2015:

Art. 5o. - A Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, passa a vigorar com a seguinte alteração:

II - aplicam-se às vendas efetuadas até 31 de dezembro de 2018.

17. Assim, o benefício da desoneração da contribuição do PIS e COFINS *foi concedido com termo certo para findar*, sendo que, em contrapartida, se exigiu das empresas que cumprissem condições e requisitos específicos, como investimentos em pesquisa, limitação dos preços de produtos, sendo um exemplo a previsão do art. 2o. do Decreto 5.602/2005:

Art. 2o. – Para efeitos da redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS de que trata o art. 1o, o valor de venda, a varejo, não poderá exceder a:

I - R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso do inciso I do caput do art. 1º;

II - R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), no caso do inciso II do caput do art. 1º;

III - R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), no caso dos sistemas contendo unidade de processamento digital, monitor, teclado e mouse de que trata o inciso III do caput do art. 1o.;

IV - R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), no caso de venda conjunta de unidade de processamento digital, teclado e mouse, na forma do inciso IV do caput do art. 1o.;

V - R\$ 200,00 (duzentos reais), no caso do inciso V do caput do art. 1o.;

VI - R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), no caso do inciso VI do caput do art. 1o.

VII - R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), no caso do inciso VII do caput do art. 1o.; e

VIII - R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), no caso do inciso VIII do caput do art. 1o.

18. Além disso, o produto eletrônico deveria ser *fabricado no Brasil*, sob a sistemática do processo produtivo básico (PPB). Não há dúvida jurídica alguma de que se trata, neste caso, de *desoneração tributária onerosa*, alívio fiscal que *depende de contrapartida econômica do contribuinte*, não sendo, portanto, benesse estatal ou coisa que se dê a *fundo perdido*, sem qualquer retribuição da parte beneficiária. Assim, a revogação questionada materializa afronta direta às seguintes garantias dos contribuintes tributários, aqui consideradas (essas garantias) como elementos indisponíveis, inelimináveis e plenamente eficazes:

(i) o art. 178 do CTN, que enuncia que a isenção, *salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições*, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104 (Redação dada pela LC 24/1975); e

(ii) o princípio da proteção da confiança, cristalizado na Súmula 544, do colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, *isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas*.

19. Deve-se entender que a redução de qualquer alíquota a zero significa *o mesmo que conceder uma isenção tributária* para certas operações que dantes sofriam tributação e agora não mais a sofrem. Na verdade das coisas, a

denominada alíquota zero significa, *na relação financeira de qualquer tributo*, uma autêntica *inexistência real ou concreta de tributação*. E assim é porque *o zero nada expressa, nada quantifica e não veicula a ideia de número algum, nem inteiro e nem de fracionário*. Relembre-se que a alíquota zero era coisa desconhecida no ordenamento tributário brasileiro, quando da edição do CTN, em 1966.

20. A discussão sobre se *o zero é um número* não precisa ser feita aqui, mas isso não quer dizer que não seja um assunto relevante. O que importa frisar, para a solução deste caso, é que *o zero não exprime a ideia de grandeza alguma, nem de distância, nem de peso, nem de valor, etc.* Portanto, em linguagem não matemática, *o zero é a ausência de tudo* ou, dito de modo enviesado, *o zero é a presença total e absoluta da ausência*.

21. Como a alíquota zero significa, do ponto de vista das finanças do contribuinte, *ausência perfeita e efetiva de tributo*, será uma voraz impropriedade dizer que a sua implantação possa importar em resultado diferente da isenção, neste caso, uma isenção onerosa, *porque vinculada a sua fruição a certas contrapartidas do contribuinte que pretende o benefício*. Não cabe, aqui, afastar a solução da lide desse entendimento, para não se cair numa fonte inesgotável de empecilhos à vocação do Direito Tributário para prover proteções jurídicas eficazes aos contribuintes.

22. Ainda sobre a equiparação dos institutos da alíquota zero e da isenção tributária, vale citar elucidativo julgado proferido pela Excelsa Corte, pela sistemática da repercussão geral, reconhecendo que, *embora a isenção e a alíquota zero tenham naturezas distintas, a consequência é a mesma, em razão da desoneração do tributo, sendo impositiva a observância do princípio da legalidade*. É o que se afere do seguinte trecho do voto vencedor de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes:

A tese acolhida em ambos os julgados, como se pode notar, aponta claramente no sentido de equiparação dos conceitos de redução de base de cálculo e de isenção, para efeito do que dispõe o art. 155, § 2o., II, da Constituição Federal.

Penso que a mesma orientação deve ser adotada no caso em tela, atribuindo-se-lhe, agora, os efeitos próprios da sistemática da repercussão geral.

De fato, embora se valham de estrutura jurídica diversa, tanto a isenção total – que elimina o dever de pagamento do tributo, porque lhe ceifa a incidência – quanto a redução de base de cálculo ou de alíquota (isenções parciais) – que apenas restringe o critério quantitativo do consequente da regra matriz de incidência tributária – têm semelhante efeito prático: exoneram, no todo ou em parte, o contribuinte do pagamento do tributo.

É verdade que a maneira como o fazem, isto é, o modo como se processa essa exoneração tributária, em termos jurídicos, é diferente. Na isenção total, afasta-se a própria incidência ou, como prefere parte da doutrina, dispensa-se integralmente o pagamento do tributo, em relação aos sujeitos e às situações atingidos pelo benefício.

(...).

Com efeito, alterar a hipótese, a base de cálculo ou a alíquota pode significar apenas adotar um caminho diferente para alcançar o mesmo objetivo, que é o efeito de exonerar o contribuinte, no todo ou em parte, do pagamento do tributo – estruturas jurídicas diversas para uma mesma função: reduzir a carga fiscal imposta.

Por isso, entendo que os casos de redução de base de cálculo estão compreendidos no conceito de isenção, para fins do disposto no art. 155, § 2o., II da Constituição Federal, na linha do que já decidiu esta Corte no julgamento do RE 174.478 e da ADI 2.320. E disso decorre que, tanto quanto os demais casos de isenção, deve acarretar a anulação proporcional do crédito relativo às operações anteriores, a não ser que haja disposição legal em sentido contrário, nos termos em que previsto no § 2o. do art. 155 da Constituição Federal (RE 635.688/RS. DJe 13.2.2015).

23. Não se trata, em absoluto, de tentar impedir o poder tributante de tributar, *mas de manter o seu exercício dentro de padrões jusgarantísticos seguros*, respeitantes das premissas ou dos fundamentos do sistema tributário. Por verdade, o poder estatal tributário normador *não poderá, jamais, ser exercido sem condicionamentos e contenções externas e superiores à vontade dos respectivos agentes tributários estatais*. Talvez seja preciso agora recordar que o Direito Tributário *não dispensa a atuação de pensadores e de filósofos*, como poderia eventualmente ocorrer a alguém para quem a lei é tudo.

24. Neste caso concreto, o elemento condicionador que por primeiro aflora à mente de quem o analisa é o *da proibição de que a obrigação tributária possa ser positivada sem respeito às garantias dos contribuintes*. Havendo, como há nesta hipótese, *termo extintivo* para a aplicação de determinada isenção de tributo, não se poderá tolerar que, *antes do advento desse termo*, o poder tributante surpreenda os contribuintes e revogue o benefício, *antecipando-se ao vencimento do seu prazo, levado somente pelo ânimo de tributar*.

25. Parece-me intuitivo afirmar que a *alteração de condição fiscal anterior mais favorável ao contribuinte não poderá ser validamente feita de súbito*, devendo, pelo contrário, ater-se ao salutar propósito de evitar surpresas onerosas e

operações inesperadas. A proibição da *surpresa tributária* é o *princípio de ordem moral, política e jurídica* que interdita ao poder estatal tributante desrespeitar o **planejamento tributário dos contribuintes**. A supressão de condição mais favorável ou a implantação de exigência tributária nova – que dão o mesmo resultado – causa impacto na economia das empresas e desarticula os seus projetos de médio prazo.

26. A atividade econômica produtiva *não deve ser vista como se fosse uma coisa improvisada e insubmissa a detalhados planos prévios*, como se os compromissos empresariais fossem passíveis de descumprimentos unilaterais e inconsequentes ou os projetos de manutenção e de expansão dos negócios privados fossem independentes dos seus recursos financeiros. O respeito às atividades econômicas privadas é, certamente, um dos mais importantes pressupostos do desenvolvimento social e econômico de qualquer sociedade organizada segundo os padrões democráticos. A afronta a esta premissa encaminha, com certeza, as relações fiscais para o perigoso destino das arbitrariedades e das violências.

27. Esta é a versão operativa do princípio da proteção da confiança legítima, que resguarda, em regra, *apenas o indivíduo particular perante as potências do poder do Estado*. No dizer do Professor PETER HAAS, *o princípio da proteção da confiança almeja exclusivamente a contenção dos poderes públicos*. Penso que cabe adiantar que a proteção da confiança é *a expressão axiológica e epistemológica do conhecimento tributário pleno, criador da estrutura do sistema tributário e das suas dinâmicas operacionais, assim contribuindo para a compreensão não segmentada do Direito Tributário e, pelo contrário, para a sua visão hiper-panorâmica e, sobretudo, inteligente e entendimento dos seus mais elevados propósitos*.

28. Este fastidioso e longo discurso jurídico – totalmente desnecessário – é apenas para realçar que, neste caso, vê-se um exemplo perfeito de como *não deve agir o poder tributante*, pois é palpável a violência que se embute na iniciativa revocatória do termo final da isenção tributária, *causando enorme surpresa e graves prejuízos aos contribuintes que se fiaram na promessa do Governo e se adaptaram à produção incentivada de bens econômicos*.

29. Chega-se à conclusão de que a desoneração das alíquotas do PIS e COFINS, *concedida por prazo certo e sob condição onerosa, jamais poderia ser revogada antes do tempo aprazado*, sob pena de infringir o princípio da segurança jurídica, textualmente positivado na regra do art. 178 do CTN, que protege o contribuinte contra arbítrios praticados pelo Ente Fazendário, *independentemente da modalidade ou técnica de desoneração empregada*.

30. Anoto, ademais, pela sua exemplaridade, que a Corte Especial do STJ, no julgamento do AgReg na SLS 2.161, já enfrentou, precisamente, o tema da revogação deste específico incentivo, assentando que

a revogação do Programa de Inclusão Digital, sem dúvida, arranha o princípio da confiança, que deve ser preservado no sistema tributário. Em outras palavras, o contribuinte tem expectativas que devem ser conservadas (AgReg na SLS 2.161. Rel. Min. Laurita Vaz. DJe 06.12.2016).

31. Para finalizar, importa trazer à colação o que foi expresso pelo douto Subprocurador Geral da República *Paulo Gustavo Gonet Branco*, no Parecer 6472/2018-PGGB, no RE 1.124.753/RS, em análise deste tema:

A extinção da desoneração tributária, considerado seu aspecto econômico, tem a potencialidade de afetar o pacto firmado entre o Fisco e o contribuinte, o que não consoa com as garantias do direito adquirido e da segurança jurídica. A conclusão vale tanto para casos de isenção como de alíquota zero. Embora não haja óbice legal à revogação de benefício fiscal instituído por alíquota zero, a formação de uma relação obrigacional entre o Fisco e o contribuinte impede a extinção do benefício daquelas empresas que adotaram a sistemática prevista na lei revogada, durante sua vigência, tenha esse benefício sido instituído a título de isenção tributária ou de alíquota zero (Parecer 6.472/2018-PGGB, no RE 1.124.753/RS).

32. Ante o exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Especial da Sociedade Empresária e pelo seu provimento, *para o fim de julgar procedente o pedido*, declarando-se o direito de o contribuinte usufruir do benefício de redução a zero das alíquotas do PIS e da COFINS, estabelecido nos artigos 28 a 30 da Lei 11.196/2005, pelo prazo previsto no art. 5º da Lei 13.097/2015, qual seja, até 31.12.2018. Declaro, ainda, o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos em decorrência do restabelecimento ilegítimo da cobrança das referidas contribuições promovido pela Lei 13.241/2015, atualizados pela Taxa SELIC, observando-se o art. 170-A do CTN.

33. É como voto.



VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto pela *Sir Computadores*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional,

contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (e-STJ fl. 204):

Tributário. PIS. COFINS. Lei n. 11.196/2005. “Lei do Bem”. Programa de inclusão digital. Produtos de informática. Alíquota zero. MP n. 690/2015. Aumento alíquota. Legalidade.

Segundo o entendimento prevalente neste Colegiado, a Medida Provisória 690/2015, convertida na Lei n. 13.241/2015, não está revogando uma isenção concedida por prazo certo e sob determinadas condições, mas simplesmente majorando alíquota em conformidade com todos os critérios constitucionais exigidos, sendo, pois, inaplicável o disposto no artigo 178 do Código Tributário Nacional.

Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que à revogação de alíquota zero, concedida por prazo certo e sob condições, aplica-se o disposto no art. 178 do CTN, que, interpretado a *contrario sensu*, veda a revogação das isenções onerosas antes de decorrido integralmente o prazo originalmente estabelecido para a sua vigência.

Isso porque tal preceito da codificação tributária não é senão uma projeção específica dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança e, por essa razão, o seu comando haveria de ser respeitado mesmo que o CTN silenciasse a respeito.

Deve ser considerada, contudo, a peculiaridade de a revogação estabelecida pela MP n. 690/2015 alcançar mera prorrogação do incentivo, e não o prazo originalmente fixado pela Lei n. 11.196/2005.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 223/227).

Em suas razões, a parte recorrente sustenta violação do art. 178 do CTN, por entender que incentivo fiscal concedido por prazo certo e em função de determinadas condições não pode ser revogado a qualquer tempo, considerando, ainda, nesse sentido, o enunciado da Súmula 544 do STF.

Aduz, em resumo, ser incabível a revogação prematura, com efeitos a partir de 31/12/2016, pela MP n. 690/2015, convertida na Lei n. 13.241/2015, da desoneração fiscal instituída pela Lei n. 11.196/2005 (“Lei do Bem”), que estabeleceu, com previsão até 31/12/2018, na redação dada pela Lei n. 13.097/2015, alíquota 0 (zero) para PIS e COFINS incidentes sobre a receita bruta de vendas a varejo de produtos integrantes do Programa de Inclusão Digital (PID).

Contrarrazões às e-STJ fls. 291/295.

O recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 306/307).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ fls. 324/328).

O Instituto para Desenvolvimento do Varejo – IDV e a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica foram admitidos no feito na condição de *amicus curiae* (e-STJ fls. 582/584).

Na sessão de julgamento de 1º/12/2020, o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho votou pelo conhecimento e provimento do recurso especial, a fim de declarar o direito da recorrente de “usufruir do benefício de redução a zero das alíquotas do PIS e da COFINS, estabelecido nos arts. 28 a 30 da Lei n. 11.196/2005, pelo prazo previsto no art. 5º da Lei 13.097/2015, qual seja, 31/12/2018”.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Pois bem.

Importa mencionar que o recurso especial origina-se de ação em que a parte autora, ora recorrente, busca a declaração do direito de continuar a gozar do incentivo fiscal relativo ao Programa de Inclusão Digital (PID), instituído pela Lei n. 11.196/2005, também denominada “Lei do Bem”, que estabeleceu alíquota 0 (zero) da Contribuição ao PIS e da COFINS incidentes sobre a receita bruta de vendas a varejo de produtos integrantes do PID, até 31/12/2018, conforme prorrogação conferida pela Lei n. 13.097/2015, mas que, por força do art. 9º da Medida Provisória n. 690/2015, posteriormente convertida na Lei n. 13.241/2015, foram extintos de forma prematura, em 31/12/2016.

Cabe registrar que, na primeira oportunidade em que decidi o tema, nos autos do REsp 1.780.188/RS, examinei a suscitada ofensa ao art. 178 do CTN. Todavia, passei a compreender que a controvérsia envolveria, em última análise, o conflito entre lei federal e lei complementar, demonstrando o seu caráter eminentemente constitucional. A propósito, as decisões monocráticas por mim proferidas nos autos dos REsp 1.854.392/SP, 1.833.502/SP e 1.804.420/SE.

Em caso análogo, assim decidi monocraticamente a eminente Ministra Assusete Magalhães (REsp 1.717.330/PR, DJe de 19/02/2018), *in verbis*:

No caso, em que a parte recorrente sustenta que o art. 9º da MP 690/2015 estaria a contrariar o disposto no art. 178 do CTN, a controvérsia resolve-se no plano constitucional, de modo que não compete ao STJ, em sede de Recurso Especial, mas ao STF, na via do Recurso Extraordinário interposto,

simultaneamente, e admitido, na origem, resolver o suposto conflito entre o art. 9º da MP 690/2015, com status de disposição de lei ordinária, e a regra geral do art. 178 do CTN, que possui status de disposição de lei complementar.

Nesse sentido, cito, ainda, a decisão proferida pelo eminente Ministro Francisco Falcão nos autos do REsp 1.658.638/SC, DJe de 14/06/2018, contra a qual foi interposto agravo interno, pendente de julgamento pela Segunda Turma.

Essa compreensão decorre do fato de que os contribuintes pretendem, em essência, afastar o comando normativo contido na Lei n. 13.241/2015, que revogou o dispositivo que conferia o incentivo fiscal de alíquota “zero” da Contribuição ao PIS e da COFINS, até 31/12/2018.

Não se trata, assim, a meu ver, de discussão a respeito de eventual sucessão de leis federais no tempo, ou de observância de lei específica em detrimento de lei geral, ou vice-versa ou, ainda, de mera interpretação do texto legal, pois se questiona expressa disposição de lei ordinária em face de preceito contido no CTN.

Contudo, o debate aportou no Supremo Tribunal Federal que, em recentes pronunciamentos, tem asseverado o caráter infraconstitucional da controvérsia, sob o fundamento de que se pretende a interpretação do alcance do conteúdo normativo contido no art. 178 do CTN. Sobre o tema, as seguintes decisões monocráticas: RE 1.188.307/RS, Rel. Ministro Edson Fachin, DJe de 31/05/2019; RE 1.250.662/PR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 14/02/2020; e RE 1.224.213/RS, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 03/09/2019.

Muito embora não tenha sido determinada, em nenhuma das decisões da Suprema Corte, a devolução da controvérsia ao Superior Tribunal de Justiça, ou considerada eventual observância do instituto da fungibilidade recursal, impõe-se referir que, especialmente em matéria tributária, a Constituição Federal é extremamente analítica, de modo que se apresenta bastante comum, embora indesejável, a submissão das partes litigantes ao denominado “limbo jurisdicional”.

Bem discorre sobre o tema o Ministro Sérgio Kukina ao comentar a aplicação da técnica da fungibilidade recursal de que cuidam os arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 (KUKINA, Sérgio Luiz. *Temas comuns e soluções diversas no STJ e no STF. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al.*

(Orgs.). **Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 848), *in verbis*:

Como decorrência dessas incertezas, ao longo da vigência do Código Buzaid (1974 a 2016), frequentes eram os desfechos embaraçosos impostos às partes recorrentes que, mesmo lançando mão simultaneamente dos recursos especial e extraordinário (por ter o acórdão recorrido se utilizado de fundamentação constitucional e infraconstitucional – cf. Súmulas 283 do STF e 126 do STJ), terminavam, ainda assim, privadas de jurisdição recursal, como consequência de o STJ não vislumbrar conotação infraconstitucional no tema e o STF concluir que a alegada ofensa constitucional, acaso existente, seria não mais que reflexa.

Todavia, com a incorporação da técnica da fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, como prevista no CPC/15 (arts. 1.032 e 1.033), o referido vácuo de jurisdição deverá, naturalmente, perder espaço.

Outrossim, não se pode deixar de consignar a missão constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação em torno do direito federal, a fim de criar um ambiente jurídico previsível, mormente na seara tributária, em que idêntica questão de direito deve receber, em regra, a mesma tutela jurisdicional, observando-se o princípio constitucional da igualdade.

Nesse contexto, diante das decisões do Supremo Tribunal Federal acima referidas e atento às diretrizes do Código de Processo Civil, que buscam evitar o vácuo jurisdicional, ressalvado meu entendimento, passo ao exame da controvérsia.

A Lei n. 11.196/2005 instituiu o “Programa de Inclusão Digital (PID)” mediante redução a 0 (zero) das alíquotas da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) sobre os produtos que menciona, estabelecendo para os contribuintes o cumprimento de determinados requisitos.

Tal incentivo fiscal, desde o seu surgimento, conforme o art. 30, II, da Lei n. 11.196/2005, estabelecia prazo certo para sua vigência, que foi alterado ao longo do tempo, da seguinte forma: a) até 31/12/2009, pela redação original; b) até 31/12/2014, pela redação da MP 472/2009; c) até 31/12/2014, segundo a redação dada pela Lei n. 12.249/2010; e d) até 31/12/2018, com a superveniência da MP 656/2014, convertida na Lei n. 13.097/2015.

Contudo, sobreveio o art. 9º da Medida Provisória n. 690/2015, convertida na Lei n. 13.241/2015, que revogou o incentivo em tela com efeitos a partir de

31/12/2016, antes do último prazo estipulado e, por conseguinte, retomou as alíquotas integrais anteriormente previstas. Daí a insurgência dos contribuintes.

Conforme exposto, a parte recorrente alega, em essência, que o incentivo fiscal não poderia ser revogado antes do termo final estabelecido, porquanto alíquota zero se equipara à isenção onerosa, quando concedida por prazo certo e sujeita a certas condições, o que ensejaria afronta ao disposto no art. 178 do CTN, *in verbis*:

Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104 (redação dada pela Lei Complementar n. 24/75).

Nesse sentido, também haveria inobservância do teor da Súmula 544 do STF, de 12/12/1969: “Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas.”

Tanto o dispositivo do CTN quanto a Súmula 544 do STF refletem a preocupação legislativa e jurisprudencial de se preservar a situação jurídica do contribuinte que se submeteu a determinadas condições onerosas para gozar de desoneração fiscal por prazo certo, impedindo que seja revogada a qualquer tempo.

A norma jurídica representa, em última análise, uma evidente garantia para o contribuinte de que não pode ser surpreendido por repentinas revogações ou modificações, no curso do período previamente estipulado em lei, de isenção condicionada.

Sobre o tema, a lição de Roque Antonio Carrazza (*In: Curso de direito constitucional tributário*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 760/762):

Normalmente, as isenções tributárias são incondicionais, com prazo indeterminado, nada impede, porém, sejam condicionais, com prazo certo. Estas últimas, se revogadas prematuramente, geram, para os contribuintes prejudicados, isto é, para os que implementaram a condição, o direito subjetivo de continuarem desfrutando do benefício fiscal, até a fruição do prazo assinalado na lei isentiva.

[...]

Assim, as vantagens da isenção transitória condicional incorporam-se ao patrimônio de seu destinatário (quem cumpriu a condição), que passa a ter o direito adquirido de continuar desfrutando do benefício, até a expiração do prazo

fixado na lei isentiva. O patrimônio da pessoa beneficiada por esta modalidade de isenção não pode ser prejudicado, sob pena de burla ao inc. XXXVI, do art. 5º, da CF ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada).

Por se tratar de uma garantia, deve ser interpretada de modo a lhe conferir a maior efetividade possível, respeitando sua densidade normativa, mediante reconhecimento de que sua finalidade extrapola o texto de lei para, assim, albergar qualquer desoneração fiscal onerosa, pois somente dessa forma a norma jurídica poderá irradiar corretamente seus efeitos, por imperativo de segurança jurídica.

Sobre o princípio da máxima efetividade, que informa a interpretação do texto constitucional, aplicável, *mutatis mutandis*, à garantia em referência, embora estampada no corpo do CTN, apresenta-se oportuna a lição de Inocêncio Martires Coelho, (Métodos e princípios da interpretação constitucional. *In: Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 230, p. 183, out./dez. 2002) *in verbis*:

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da constituição, em relação a qual configura um subprincípio, o cânone-hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo.

A hipótese demanda, no mínimo, o prestígio da interpretação teleológica, a *mens legis*, quer dizer, a finalidade e o conteúdo da norma jurídica, e não a literalidade de sua redação.

Apresenta-se desnecessário discorrer sobre a indiscutível diferença técnica entre alíquota zero e isenção, extremamente bem delineada na doutrina e na jurisprudência. Todavia, não há dúvida de que representam uma desoneração fiscal, que buscou o CTN resguardar de revogações ou modificações prematuras, quando estabelecida por prazo determinado em decorrência de determinadas condições.

Na verdade, o que se mostra relevante é a constatação de que o contribuinte fez investimentos e assumiu compromissos exigidos por lei, com a finalidade de se desonerar do pagamento de tributos por determinado período de tempo, antecipando-se, na confiança de que as disposições legais seriam respeitadas. A circunstância de ser a desoneração fiscal uma isenção ou tributo sujeito a

alíquota zero pouco importa para efeito de observância da garantia preconizada pelo art. 178 do CTN.

A segurança jurídica revela-se ínsita à própria ideia de Estado Democrático de Direito. Com a sua observância, espera-se que a atuação estatal “seja guiada por regras claras, transparentes e preestabelecidas, a fim de garantir aos cidadãos um mínimo de previsibilidade em relação às condutas que eles poderão adotar no curso de suas vidas” (CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurança jurídica e os primados que lhe objetivam no direito positivo brasileiro. *In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 22, set./out. 2016).

O princípio da segurança jurídica deve ensejar maior ponderação na pessoa investida de poderes para aplicar a norma, a fim de procurar estabelecer determinada estabilidade nas relações jurídicas. Evita-se, com a sua observância, o abrupto, e muitas vezes efêmero e desnecessário, rompimento com as normas anteriores, com o objetivo evidente de conferir estabilidade, previsibilidade e certeza do direito.

Com efeito, o ordenamento jurídico deve assegurar a preservação das justas expectativas depositadas nas pessoas pelos atos normativos e pelas ações do Poder Público. É nesse sentido que advém a garantia estabelecida no art. 178 do CTN.

A propósito, colhe-se elucidativa lição de Frederico Batista dos Santos Medeiros (*In: Irrevogabilidade, a qualquer tempo, dos benefícios fiscais na condição de isenções onerosas*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 21):

[...] a revogação dos efeitos provenientes de uma lei isentiva, a qualquer tempo, pelo ente político que a instituiu, quando apresentar cumulativamente os quesitos de prazo certo e condicional, representa um insulto à dignidade moral e financeira dos contribuintes beneficiários em razão de terem seu benefício fiscal oneroso revogado antes do término do prazo previsto na lei que o instituiu, após ter atendido condições que oneraram consideravelmente seu patrimônio para fazerem jus a sua fruição.

Nesse contexto, não se coaduna com o princípio da segurança jurídica interpretação restritiva ou literal do dispositivo legal em tela, que somente assegure a irrevogabilidade de desoneração onerosa por prazo certo tão somente nos casos de isenção, excluindo, dessa forma, os atos normativos que reduzam a 0 (zero) a alíquota de determinado tributo.

É importante registrar que não há nenhuma contradição com a regra que estabelece interpretação literal das isenções, porquanto não se está a ampliar o campo de atuação de qualquer isenção fiscal. O que se propõe é que, à luz do art. 178 do CTN, o incentivo fiscal que reduza alíquotas por prazo certo e mediante cumprimento de determinadas condições, por ser uma desoneração onerosa, não pode ser revogado a qualquer tempo, tal como ocorre, na expressa disposição legal, relativamente às isenções.

A Súmula 544 do STF foi editada em dezembro de 1969. A redação conferida ao art. 178 do CTN entrou em vigor em 1975, com a redação conferida pela Lei Complementar 24/1975. Constata-se, assim, a existência, há longa data, de uma garantia aos contribuintes, destinada a combater a reprovável prática de atos normativos comprometedores do primado da segurança jurídica, que se verificava naquela época, mas que ainda insiste em triunfar atualmente.

A opção pela redução à alíquota 0 (zero) de tributos, em vez de simples isenção, não pode servir de subterfúgio para o descumprimento do prazo que o próprio ato normativo de desoneração estabeleceu, o que compromete os parâmetros de moralidade fiscal, que devem nortear a relação entre ente tributante e contribuintes.

Com efeito, é evidente que, quando da edição da Súmula 544 do STF e do disposto no art. 178 do CTN, o instituto da isenção era empregado em maior escala. Pode-se afirmar que o estabelecimento de alíquota 0 (zero) para tributos, o que não deixa de ser um fenômeno criativo, adveio exatamente com a finalidade de não submeter o Estado à garantia em debate, além de permitir maior flexibilização na política fiscal, considerando que, em vários casos, a majoração de tributos pode ocorrer no plano infralegal, o que confere maior liberdade à autoridade fiscal.

Desse modo, filio-me ao entendimento do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia, na parte em que compreende que o disposto no art. 178 do CTN alcança as desonerações fiscais por prazo certo e em função de determinadas condições que reduzam a 0 (zero) a alíquota de tributos.

Contudo, essa compreensão não determina, na presente hipótese, o provimento do recurso especial, tal como votou Sua Excelência, pelas seguintes razões.

Antes da análise pormenorizada do tema, apresenta-se imperioso lembrar a distinção entre incentivo e benefício fiscal. O incentivo fiscal representa um estímulo do Poder Público por meio de desoneração tributária, refletido em atos

normativos, para que o contribuinte atue em determinada área que se apresenta relevante, muitas vezes de forma condicional ou demandando certa onerosidade. O benefício fiscal, por sua vez, é, igualmente, uma desoneração, que é concedida, todavia, sem que o ente tributante exija do beneficiário qualquer contrapartida (Moussallem, Tárek Moysés; Ferreira, Stéfano Vieira Machado. Notas para uma definição do conceito científico-jurídico de 'benefícios fiscais'. *In: Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo, v. 11, n. 63, pp. 76-87, jul./ago. 2017).

Em outras palavras, o incentivo fiscal exige para seu gozo, em regra, a observância de uma aplicação específica, muitas vezes para implantar ou expandir a atividade em certas áreas econômicas, em conformidade com a finalidade específica estabelecida pelo Poder Público, podendo haver controle de parâmetros. O benefício fiscal caracteriza-se por uma liberalidade, uma desoneração sem condicionantes, com o objetivo de atender interesse público de qualquer ordem.

Nesse cenário, tão somente um incentivo fiscal seria passível de observância do disposto no art. 178 do CTN, visto que somente nessa hipótese se pode falar em condições onerosas para o contribuinte.

O Programa de Inclusão Digital (PID) consiste na redução de preços de produtos tecnológicos que menciona, visando ao desenvolvimento desse setor, com flagrante intenção de ampliar o acesso do tecido social menos favorecido aos recursos de informática, além de promover incremento nessa área econômica.

Da exposição de motivos da MP n. 252/2005, cujas disposições foram incorporadas na Lei n. 11.196/2005, extraio o seguinte excerto, que bem demonstra as finalidades do programa em debate, *in verbis*:

17. O programa de inclusão digital - previsto nos arts. 28 a 30 - reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a comercialização, no varejo, de unidade de processamento digital, *com o objetivo de reduzir o custo de aquisição de computadores pessoais. Esta medida faz parte de um programa mais amplo de inclusão digital das camadas de menor renda, que tem como objetivo contribuir para a redução da desigualdade social através da viabilização do acesso desta parcela da população a bens e serviços de informática.*

18. Além de incentivar a inclusão digital, *estas medidas contribuem para aumentar a produção de computadores no País, gerando ganhos de escala e produtividade no setor e aumentando a competitividade das indústrias brasileiras de hardware (Grifos acrescidos).*

O programa em referência representa um relevante incentivo fiscal e social, porquanto tem por objetivo atender a um interesse público específico, de inclusão digital e incremento nas vendas, que demanda contrapartida dos contribuintes, mas promove, todavia, repercussão distintas entre industriais e varejistas, a irradiar seus efeitos jurídicos de forma diversa entre os integrantes da cadeia produtiva.

Dispõe a Lei n. 11.196/2005, com a redação dada pela Lei n. 12.715/2012, antes das modificações questionadas na presente ação judicial, *in verbis*:

Art. 28. Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta de venda a varejo:

I - de unidades de processamento digital classificadas no código 8471.50.10 da Tabela de Incidência do IPI - TIPI, produzidas no País conforme processo produtivo básico estabelecido pelo Poder Executivo; (redação dada pela Lei n. 12.715/2012).

II - de máquinas automáticas para processamento de dados, digitais, portáteis, de peso inferior a 3,5Kg (três quilos e meio), com tela (écran) de área superior a 140cm² (cento e quarenta centímetros quadrados), classificadas nos códigos 8471.30.12, 8471.30.19 ou 8471.30.90 da Tipi, produzidas no País conforme processo produtivo básico estabelecido pelo Poder Executivo; (redação dada pela Lei n. 12.715/2012).

III - de máquinas automáticas de processamento de dados, apresentadas sob a forma de sistemas, do código 8471.49 da Tipi, contendo exclusivamente 1 (uma) unidade de processamento digital, 1 (uma) unidade de saída por vídeo (monitor), 1 (um) teclado (unidade de entrada), 1 (um) mouse (unidade de entrada), classificados, respectivamente, nos códigos 8471.50.10, 8471.60.7, 8471.60.52 e 8471.60.53 da Tipi produzidas no País conforme processo produtivo básico estabelecido pelo Poder Executivo; (redação dada pela Lei n. 12.715/2012).

IV - de teclado (unidade de entrada) e de mouse (unidade de entrada) classificados, respectivamente, nos códigos 8471.60.52 e 8471.60.53 da Tipi, quando acompanharem a unidade de processamento digital classificada no código 8471.50.10 da Tipi.

[...]

VI - máquinas automáticas de processamento de dados, portáteis, sem teclado, que tenham uma unidade central de processamento com entrada e saída de dados por meio de uma tela sensível ao toque de área superior a 140 cm² (cento e quarenta centímetros quadrados) e inferior a 600 cm² (seiscentos centímetros quadrados) e que não possuam função de comando remoto (*tablet PC*) classificadas na subposição 8471.41 da Tipi, produzidas no País conforme processo produtivo básico estabelecido pelo Poder Executivo. (redação dada pela Lei n. 12.507/2011).

VI - máquinas automáticas de processamento de dados, portáteis, sem teclado, que tenham uma unidade central de processamento com entrada e saída de dados por meio de uma tela sensível ao toque de área superior a cento e quarenta centímetros quadrados e inferior a seiscentos centímetros quadrados e que não possuem função de comando remoto (tablet PC) classificadas na subposição 8471.41 da Tipi; (redação dada pela Lei n. 13.241/2015).

VII - telefones portáteis de redes celulares que possibilitem o acesso à internet em alta velocidade do tipo smartphone classificados na posição 8517.12.31 da Tipi, produzidos no País conforme processo produtivo básico estabelecido pelo Poder Executivo; (inciso incluído pela Lei n. 12.715/2012).

[...]

§ 1º Os produtos de que trata este artigo atenderão aos termos e condições estabelecidos em regulamento, inclusive quanto ao valor e especificações técnicas.

[...]

§ 4º Nas notas fiscais emitidas pelo produtor, pelo atacadista e pelo varejista relativas à venda dos produtos de que tratam os incisos I, II, III e VI do *caput*, deverá constar a expressão “Produto fabricado conforme processo produtivo básico”, com a especificação do ato que aprova o processo produtivo básico respectivo. (redação dada pela Lei n. 12.715/2012).

Por sua vez, acrescentou a Lei n. 13.097/2015:

Art. 5º. A Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, passa a vigorar com a seguinte alteração:

[...]

II – Aplicam-se às vendas efetuadas até 31 de dezembro de 2018.

O Decreto n. 5.602/2005, que regulamentou o incentivo fiscal em debate, em seu art. 2º, estabeleceu que o seu gozo deveria observar determinados limites de preços na venda a varejo, nos seguintes termos:

Art. 2º. Para efeito da redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS de que trata o art. 1º, o valor de venda, a varejo, não poderá exceder a:

I – R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso do inciso I do *caput* do art. 1º;

II – R\$ 3.000,00 (três mil reais), no caso do inciso II do *caput* do art. 1º;

III – R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), no caso dos sistemas contendo unidade de processamento digital, monitor, teclado e mouse de que trata o inciso III do *caput* do art. 1º;

IV – R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), no caso de venda conjunta de unidade de processamento digital, teclado e mouse, na forma do inciso IV do *caput* do art. 1º;

V – R\$ 200,00 (duzentos reais), no caso do inciso V do *caput* do art. 1º;

VI – R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), no caso do inciso VI do *caput* do art. 1º;

VII – R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), no caso do inciso VII do *caput* do art. 1º; e

VIII – R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), no caso do inciso VIII do *caput* do art. 1º.

Compreende-se, pelo teor dos dispositivos que regem o Programa de Inclusão Digital (PID), haver flagrante distinção entre o tratamento conferido aos agentes de mercado envolvidos, a saber: industriais e comerciantes varejistas, consistente, em essência, na produção segundo o denominado Processo Produtivo Básico (PPB) e na observância dos limites de preços estabelecidos no regulamento, respectivamente.

É oportuno registrar que o PID se destina a desonerar os produtos de informática, comunicação e tecnologia fabricados no Brasil, que são utilizados por pessoas físicas, nas operações de venda direta ao consumidor, vedada a comercialização a revendedores para fins de exploração comercial.

Há regras específicas para observância de determinadas características dos produtos, especialmente dirigidas aos industriais, que deveriam observar valores e especificações técnicas estabelecidas no âmbito do Poder Executivo, ensejando, muitas vezes, readequação do parque produtivo, com a finalidade de seguir os padrões do PPB.

É importante ressaltar que a condição hábil a ensejar a irrevogabilidade do incentivo fiscal deve exigir considerável empreendimento do contribuinte, como bem leciona Souto Maior Borges (*In: Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 80), *in verbis*:

Nas isenções condicionais a lei estabelece as condições e os requisitos para sua concessão. Tais condições e requisitos ordinariamente exigem do titular da isenção, como pondera Carlos Maximiliano, esforço dispendioso, obra cara, imobilização de capitais próprios ou tomados a juros.

In casu, no tocante aos varejistas, não se constata a existência de gastos financeiros ou comprometimento de patrimônio determinantes para o gozo do incentivo fiscal, sendo certo que a observância de preços finais e eventuais despesas com a publicidade destinada à comercialização dos produtos não se

mostram suficientes a reconhecer a onerosidade a que alude o art. 178 do CTN, tampouco suposta ampliação de suas instalações, para fazer frente a possível aumento de vendas.

Podemos incluir nesses dispêndios verossímeis reforços no estoque e contratação adicional de vendedores, que, à luz das expectativas geradas pela lei que instituiu a desoneração fiscal, seriam providências inerentes ao risco da atividade comercial, mas desprovidas de qualquer exigência do Poder Público.

É bem verdade que há vozes abalizadas em contrário, como a do Professor Heleno Taveira Torres, que, em parecer acerca matéria, entregue pessoalmente em audiência no meu gabinete, diante de consulta formulada pela empresa *Fast Shop S.A.*, destacou: as empresas varejistas “estão condicionadas aos limites de preços de venda a varejo. Neste aspecto, o ônus envolve esforço das empresas varejistas, de veicular publicidade e preparar seu estoque para atender as altas demandas, sem ultrapassar os limites de preço estabelecidos” (p. 20).

Na minha compreensão, porém, renovo que o respeito a preços finais não é suficiente para reconhecer a onerosidade contida no dispositivo do Estatuto Tributário, sendo certo que as despesas referidas, se eventualmente existentes, não constavam expressamente da lei como condicionantes ao gozo do incentivo fiscal, muito embora não se afaste a importância dos comerciantes varejistas na cadeia produtiva da área de tecnologia e como integrante do próprio Programa de Inclusão Digital.

Nesse contexto, embora se trate de um incentivo fiscal o programa como um todo, para os varejistas, possui efeitos diversos, diante da peculiaridade de sua atuação, à míngua de onerosidade ou condicionante, razão por que a revogação prematura da alíquota zero em debate não determina vulneração do disposto no art. 178 do CTN.

Ante o exposto, respeitosamente, *divirjo* do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho para *conhecer* do recurso especial e *negar-lhe provimento*.

Sem condenação ao pagamento de honorários recursais, por se tratar de recurso interposto em autos de mandado de segurança.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Solicitei vista antecipada dos autos para examiná-los com maior detença.

Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Sir Computadores Ltda.* contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 204e):

Tributário. PIS. COFINS. Lei n. 11.196/2005. “Lei do Bem”. Programa de inclusão digital. Produtos de informática. Alíquota zero. MP n. 690/2015. Aumento alíquota. Legalidade.

Segundo o entendimento prevalente neste Colegiado, a Medida Provisória 690/2015, convertida na Lei n. 13.241/2015, não está revogando uma isenção concedida por prazo certo e sob determinadas condições, mas simplesmente majorando alíquota em conformidade com todos os critérios constitucionais exigidos, sendo, pois, inaplicável o disposto no artigo 178 do Código Tributário Nacional.

Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que à revogação de alíquota zero, concedida por prazo certo e sob condições, aplica-se o disposto no art. 178 do CTN, que, interpretado *a contrario sensu*, veda a revogação das isenções onerosas antes de decorrido integralmente o prazo originalmente estabelecido para a sua vigência.

Isso porque tal preceito da codificação tributária não é senão uma projeção específica dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança e, por essa razão, o seu comando haveria de ser respeitado mesmo que o CTN silenciasse a respeito.

Deve ser considerada, contudo, a peculiaridade de a revogação estabelecida pela MP n. 690/2015 alcançar mera prorrogação do incentivo, e não o prazo originalmente fixado pela Lei n. 11.196/2005.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 223/225e).

Interposto Recurso Especial, com amparo no art. 105, III, *a* da Constituição da República, aponta-se ofensa ao art. 178 do CTN, alegando-se, em síntese, diante da “[...] identidade funcional entre a isenção e a redução a zero da alíquota, é certa a aplicação do art. 178 do CTN e da Súmula 544 do STF aos incentivos fiscais trazidos pelos artigos 28 a 30 da Lei do Bem, mostrando-se ilegal a revogação do benefício pelo art. 9º da Medida Provisória n. 690/15, convertida na Lei n. 13.241/2015, sendo imperioso o restabelecimento da desoneração fiscal objetiva dada ao PIS e à COFINS pelos referidos artigos até o dia 31 de dezembro de 2018, nos termos da Lei n. 13.097/15” (fl. 257e)

Com contrarrazões, o recurso foi admitido (fls. 291/295e; e fls. 306/307e).

O Ministério Público Federal lançou parecer no sentido do não conhecimento da insurgência (fls. 324/328e).

O Instituto para Desenvolvimento do Varejo - IDV e a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica foram admitidos no feito na condição de *amici curiae* (fls. 582; e 584e).

Na assentada de 01.12.2020 o Sr. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, proferiu o voto no sentido de prover o Recurso Especial, a fim de declarar o direito da Recorrente de “[...] usufruir do benefício de redução a zero das alíquotas do PIS e da COFINS, estabelecido nos artigos 28 a 30 da Lei 11.196/2005, pelo prazo previsto no art. 5º da Lei 13.097/15, qual seja, 31.12.2018”.

Reiniciado o julgamento em 09.03.2021, o Sr. Ministro Gurgel de Faria, ao apresentar voto-vista, inaugurou a divergência, porquanto negou provimento ao Recurso Especial da empresa, essencialmente por entender que, “[...] embora se trate de um incentivo fiscal, o programa como um todo, para os varejistas, possui efeitos diversos, diante da peculiaridade de sua atuação, à míngua de onerosidade ou condicionante, razão por que a revogação prematura da alíquota zero em debate não lhes determina vulneração do disposto no art. 178 do CTN”.

Após, formulei o pedido de vista dos autos, pleito esse de caráter coletivo, conforme prescreve o art. 161, § 1º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça (incluído pela Emenda Regimental n. 33/2019).

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

I. Da admissibilidade do Recurso Especial

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

Consigno que as questões federais debatidas se encontram satisfatoriamente prequestionadas.

Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes as questões prejudiciais e/ou preliminares a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão ora veiculada no recurso não demanda reexame fático-probatório, pois todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

O pronunciamento impugnado, por sua vez, dirimiu a controvérsia baseado em fundamentos infraconstitucionais, entendimento, igualmente, adotado pelos Srs. Ministros que me antecederam.

II. Delimitação da controvérsia

A contribuinte varejista insurge-se quanto à submissão aos efeitos do art. 9º da MP n. 690/2015 (convertida na Lei n. 13.241/2015), dispositivo que antecipa, em três exercícios, o derradeiro dia da redução a zero, por prazo certo, das alíquotas da Contribuição ao PIS e da Cofins incidentes sobre a receita bruta das alienações dos produtos especificados em lei.

Tal desoneração foi disciplinada pela Lei n. 11.196/2005 para as vendas efetuadas até 31.12.2009 (arts. 28; e 30, II), e, posteriormente, para as alienações até:

(i) 31.12.2014, pelo disposto na MP n. 472/2009, convertida na Lei n. 12.249/2010; e

(ii) 31.12.2018, em razão da superveniência da MP n. 656/2014, convertida na Lei n. 13.097/2015.

De fato, há que se verificar a consequência da prematura cessação da incidência da alíquota zero das contribuições em tela para a Impetrante, empresa varejista submetida aos ditames da legislação tributária para a sua fruição, inclusive sujeitando-se ao limite de valor para a negociação dos produtos descritos no Programa de Inclusão Digital - PID (art. 28, § 1º da Lei n. 11.196/2005).

A pretensão vertida no Recurso Especial enseja, outrossim, a análise, como premissa, da aplicação do art. 178 do Código Tributário Nacional - CTN à hipótese em comento, porquanto se trata de fixação de alíquota zero e não de concessão de isenção.

III. Moldura constitucional: princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos

A Constituição da República proclama que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade [...]” (art. 5º, *caput* – destaquei).

Da exata compreensão desse comando constitucional extrai-se que a segurança jurídica, valor maior do ordenamento, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais.

Geraldo Ataliba pontua ser a segurança jurídica a essência do próprio Direito. Constituindo mesmo, decorrência do próprio Estado Democrático de Direito, que se estriba nos postulados de certeza e da igualdade (*República e Constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 142-160).

Esse princípio, de eficácia abrangente, compreende, dentre outros, os seguintes desdobramentos: (i) a *proteção da confiança* nos atos do Poder Público, os quais deverão ser regidos pela *boa-fé* e razoabilidade; (ii) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na *conservação de direitos em face da lei nova*; e (iii) a previsibilidade dos comportamentos, tanto no sentido geral e abstrato – a proteção da confiança –, quanto no individual e concreto – o resguardo da boa-fé.

Na dicção de José Joaquim Gomes Canotilho:

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.

A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos.

(*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 250 – destaquei).

Assentada a diretriz constitucional, prossigo com a apreciação da disciplina infraconstitucional que envolve a pretensão deduzida.

IV. Disciplina infraconstitucional da controvérsia

De início, impende destacar a disciplina do Código Tributário Nacional quanto ao instituto da isenção, notadamente na modalidade *condicionada e por prazo certo, in verbis*:

Art. 178 - A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer

tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104. (Redação dada pela Lei Complementar n. 24, de 1975)

A isenção condicionada e por prazo certo não pode, assim, ser extinta pela pessoa política tributante, antes do termo final assinalado, sob pena de ofensa ao direito adquirido, uma das expressões do princípio da segurança jurídica.

Não obstante a controvérsia não diga respeito à isenção, destaca-se a convergência das compreensões externadas pelos Srs. Ministros que me antecederam quanto à aplicação do art. 178 do CTN à hipótese de fixação, por prazo certo e em função de determinadas condições, de alíquota zero das exações, orientação essa à qual me filio, como passo a detalhar.

O manejo da alíquota dos tributos expressa mecanismo de extrafiscalidade dinâmico, pois ato do Poder Executivo viabiliza a medida nas situações previstas constitucionalmente (arts. 153, § 1, e 177, § 4º, I, *b*, CR); sendo, outrossim, “constitucional a flexibilização da legalidade tributária constante do § 2º do art. 27 da Lei n. 10.865/2004, no que permitiu ao Poder Executivo, prevendo as condições e fixando os tetos, reduzir e restabelecer as alíquotas da Contribuição ao PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, estando presente o desenvolvimento de função extrafiscal” (cf. tese firmada na sistemática da repercussão geral – Tema n. 939 – RE n. 1.043.313/RS, *Pleno*, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, julgamento em 10.12.2020, DJe 25.03.2021).

Além disso, o fato de a alíquota zero resultar em inexigência de tributo, atraí, como regra, em razão da nítida equivalência prática de tais situações, a regência de normas concretizadoras das garantias dos contribuintes concebidas, inicialmente, para a isenção, como é o caso do art. 178 do CTN.

Com efeito, revela-se desarrazoado afastar-se a aplicação de tal dispositivo legal na hipótese da alíquota zero, pois os contribuintes, tanto no caso de isenção, quanto no de alíquota zero, encontram-se em posição equivalente no que tange ao resultado prático do alívio fiscal.

Consoante já observado, o dissenso instaurado, na assentada pretérita, entre os eminentes pares, refere-se à presença da *onerosidade do incentivo tributário* instituído por lei em relação, especificamente, aos *varejistas* dos produtos por ela descritos.

Conquanto a MP n. 252/2005 tenha perdido eficácia em 13.10.2005, suas disposições restaram encampadas pela Lei n. 11.196/2005, valendo registrar as

razões declinadas pelo Executivo Federal para sua edição (EM Interministerial n. 84/2005 - MF/MDIC, de 2005):

17. O programa de inclusão digital – previsto nos arts. 28 a 30 – reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a comercialização, no varejo, de unidade de processamento digital, com o objetivo de reduzir o custo de aquisição de computadores pessoais. Esta medida faz parte de um programa mais amplo de inclusão digital das camadas de menor renda, que tem como objetivo contribuir para a redução da desigualdade social através da viabilização do acesso desta parcela da população a bens e serviços de informática.

18. Além de incentivar a inclusão digital, estas medidas contribuem para aumentar a produção de computadores no País, gerando ganhos de escala e produtividade no setor e aumentando a competitividade das indústrias brasileiras de hardware.

Nesse panorama, sobreleva ressaltar como o Estado promoveu, no bojo da Lei n. 11.196/2005 – a denominada “Lei do Bem” –, a política fiscal, de cunho social, presente no Programa de Inclusão Digital, a qual teve como objetivo central o acesso aos bens de informática pelo consumidor de baixa renda, sendo estabelecida para o período inicial de 22.11.2005 até 31.12.2009:

Art. 28. Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta de *venda a varejo*:

I - de unidades de processamento digital classificadas no código 8471.50.10 da Tabela de Incidência do IPI - TIPI;

II - de máquinas automáticas para processamento de dados, digitais, portáteis, de peso inferior a 3,5Kg (três quilos e meio), com tela (écran) de área superior a 140cm² (cento e quarenta centímetros quadrados), classificadas nos códigos 8471.30.12, 8471.30.19 ou 8471.30.90 da Tipi;

III - de máquinas automáticas de processamento de dados, apresentadas sob a forma de sistemas, do código 8471.49 da Tipi, contendo exclusivamente 1 (uma) unidade de processamento digital, 1 (uma) unidade de saída por vídeo (monitor), 1 (um) teclado (unidade de entrada), 1 (um) mouse (unidade de entrada), classificados, respectivamente, nos códigos 8471.50.10, 8471.60.7, 8471.60.52 e 8471.60.53 da Tipi;

IV - de teclado (unidade de entrada) e de mouse (unidade de entrada) classificados, respectivamente, nos códigos 8471.60.52 e 8471.60.53 da Tipi, quando acompanharem a unidade de processamento digital classificada no código 8471.50.10 da Tipi.

§ 1º *Os produtos de que trata este artigo atenderão aos termos e condições estabelecidos em regulamento, inclusive quanto ao valor e especificações técnicas.*

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se também às aquisições realizadas por pessoas jurídicas de direito privado ou por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal e do Distrito Federal, direta ou indireta, às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e às demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal.

§ 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se igualmente nas vendas efetuadas às sociedades de arrendamento mercantil leasing.

[...]

Art. 30. As disposições dos arts. 28 e 29 desta Lei:

[...]

II - aplicam-se às *vendas efetuadas até 31 de dezembro de 2009.*

[...]

(texto original, publicado em 22.11.2005 – destaques meus).

Por seu turno, a MP n. 535/2011, convertida na Lei n. 12.507/2011, acrescentou o parágrafo 4º ao mencionado art. 28 da Lei n. 11.196/2005, que contempla a exigência, para toda a cadeia econômica – produtor; atacadista; e varejista –, da inserção, nas notas fiscais emitidas, da expressão “Produto fabricado conforme processo produtivo básico”, com a especificação do ato de aprovação:

§ 4º Nas notas fiscais emitidas pelo produtor, pelo atacadista e pelo varejista relativas à venda dos produtos de que trata o inciso VI do caput, deverá constar a expressão “Produto fabricado conforme processo produtivo básico”, com a especificação do ato que aprova o processo produtivo básico respectivo. (Redação dada pela Lei n. 12.507, de 2011)

No plano infralegal, a condição, de cunho oneroso, concernente *ao valor de venda*, prevista, desde a redação original, no § 1º do multicitado art. 28 da Lei n. 11.196/2005, restou minudenciada no Decreto n. 5.602/2005, e suas alterações ulteriores:

Art. 2º *Para efeitos da redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS de que trata o art. 1º, o valor de venda, a varejo, não poderá exceder a:*

I - R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso do inciso I do caput do art. 1º;

II - R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), no caso do inciso II do caput do art. 1º; (Redação dada pelo Decreto n. 6.023, de 2007)

III - R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), no caso dos sistemas contendo unidade de processamento digital, monitor, teclado e mouse de que trata o inciso III do caput do art. 1º; (Redação dada pelo Decreto n. 7.715, de 2012)

IV - R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), no caso de venda conjunta de unidade de processamento digital, teclado e mouse, na forma do inciso IV do caput do art. 1º; (Redação dada pelo Decreto n. 7.715, de 2012)

V - R\$ 200,00 (duzentos reais), no caso do inciso V do caput do art. 1º; (Redação dada pelo Decreto n. 7.981, de 2013)

VI - R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), no caso do inciso VI do caput do art. 1º. (Incluído pelo Decreto n. 7.715, de 2012)

VII - R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), no caso do inciso VII do caput do art. 1º; e (Incluído pelo Decreto n. 7.981, de 2013)

VIII - R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), no caso do inciso VIII do caput do art. 1º. (Incluído pelo Decreto n. 7.981, de 2013)

Art. 2º-A. *No caso dos incisos I, II, III, VI e VII do caput do art. 1º e observado o disposto no art. 2º, a redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS alcança somente os bens produzidos no País conforme processo produtivo básico estabelecido em ato conjunto dos Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e da Ciência, Tecnologia e Inovação.* (Redação dada pelo Decreto n. 7.981, de 2013)

Parágrafo único. *Nas notas fiscais emitidas pelo produtor, pelo atacadista e pelo varejista relativas às vendas dos produtos de que trata o caput, deverá constar a expressão "Produto fabricado conforme processo produtivo básico", com a especificação do ato que aprova o processo produtivo básico respectivo.* (Incluído pelo Decreto n. 7.715, de 2012)

Art. 2º-B. *No caso do inciso VIII do caput do art. 1º, e observado o disposto no inciso VIII do caput do art. 2º, a redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS alcança somente os roteadores digitais desenvolvidos e produzidos no País conforme processo produtivo básico estabelecido em ato conjunto dos Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e da Ciência, Tecnologia e Inovação.* (Incluído pelo Decreto n. 7.981, de 2013)

§ 1º *Para os fins do disposto no caput, consideram-se desenvolvidos no País os bens que obtiveram o reconhecimento desta condição conforme ato do Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovação.* (Incluído pelo Decreto n. 7.981, de 2013)

§ 2º *Nas notas fiscais emitidas pelo produtor, pelo atacadista e pelo varejista relativas às vendas dos produtos de que trata o caput, deverá constar*

a expressão “Produto fabricado conforme processo produtivo básico e com tecnologia desenvolvida no País”, acompanhada da especificação do ato que aprova o processo produtivo básico e do ato que reconhece o desenvolvimento tecnológico correspondente. (Incluído pelo Decreto n. 7.981, de 2013)

(destaquei).

Assinale-se que a fruição da redução da alíquota a zero sujeitava a empresa varejista: (i) à restrição de fornecedores, apenas os nacionais com adoção do processo produtivo indicado pelo Poder Executivo poderiam ser contratados; e (ii) à limitação do preço de venda.

Estampandas, desse modo, as condições para a fruição da exoneração tributária, revestidas de nítido caráter oneroso, especialmente, no ambiente da economia de livre mercado.

A respeito, oportuna a lição de Fábio Konder Comparato, segundo a qual “[...] todo e qualquer controle de preços” deve ser examinado à luz da Constituição da República, “[...] pois sob qualquer manifestação que este apareça há uma *inegável restrição à liberdade empresarial*” (destaquei). E prossegue:

Não resta dúvida, por conseguinte, que o controle público de preços no mercado não pode ser considerado, em tese, como uma medida violadora da ordem constitucional econômica.

Tal não significa, porém, como é óbvio, que todo e qualquer tipo de controle de preços seja conforme à Constituição. Não se pode esquecer que a liberdade empresarial é, entre nós, um princípio constitucional positivo. [...]

[...]

Já é tempo de se colocar a delicada questão do controle público de preços no mercado em seu devido lugar, isto é, não no terreno político-ideológico, onde ela vem sendo calorosamente debatida, mas precisamente no campo técnico-jurídico.

Creio haver demonstrado que o sistema constitucional brasileiro, analogamente a todos os demais sistemas contemporâneos, ainda que de tradição, não retira ao Estado o poder de regulação dos mercados, especialmente por meio do controle de preços.

Mas, para que essa restrição ao princípio da liberdade empresarial possa legitimar-se em nome da justiça social, é indispensável que sejam observadas as exigências inerentes ao sistema de um Estado de direito democrático, vale dizer, a legalidade, a igualdade e a proporcionalidade.

O que se exige dos juízes, diante desse “novo direito constitucional”, é que tenham suficiente sensibilidade jurídica e bastante compreensão econômica para

fazerem aplicar a Constituição no sentido da efetiva realização dos fins sociais a que ela se destina, no respeito às liberdades fundamentais.

[*Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado. In CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.); e BARROSO, Luís Roberto (Org.). Constituição financeira, econômica e social. – Doutrinas essenciais. Direito constitucional –*, v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 429/446 – destaquei].

Em sequência, a redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS e da Cofins, incidentes sobre a receita bruta de vendas a varejo, veio a ser prorrogada pela Lei n. 12.249/2010, resultante da conversão da MP n. 472/2009, para as alienações efetuadas até 31 de dezembro de 2014.

Com o advento da MP n. 656/2014, convertida na Lei n. 13.097/2015, prorrogou-se, uma vez mais, o incentivo, dessa feita, para alcançar os negócios realizados até 31 de dezembro de 2018.

Todavia, com a edição da MP n. 690/2015, convertida na Lei n. 13.241/2015, determinou-se a extinção antecipada de tal estímulo com efeitos a partir de 01.12.2016, *in verbis*:

MP n. 690/2015

Art. 9º *Ficam revogados os arts. 28 a 30 da Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005.*

Art. 10. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir:

I - *do primeiro dia do quarto mês subsequente ao de sua publicação, quanto ao disposto nos art. 1º ao art. 7º e art. 9º; e*

[...]

(Texto publicado no DOU de 31.08.2015, edição extra – destaquei).

Lei n. 13.241/2015

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir:

I - *(Vetado);*

II - *(Vetado).*

Art. 12. *Fica revogado o inciso II do art. 30 da Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005.*

(Texto publicado no DOU de 31.12.2015, edição extra – destaquei).

A justificativa mencionada para o término precoce da exoneração apontada, conforme a Exposição de Motivos, consiste, tão somente, no aumento de arrecadação da Contribuição ao PIS e da Cofins:

16. [...] A revogação do Programa de Inclusão Digital gerará aumento de arrecadação tributária em 2016 da ordem de R\$ 6,7 bilhões. [...]. (EM n. 117/2015 - MF, 30.08.2015, cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP%20690-15.pdf, acesso em 05.04.2021).

Visto o regramento infraconstitucional aplicável à controvérsia, cabe delinear o quadro jurisprudencial pertinente.

V. Panorama jurisprudencial

Embora a pretensão em debate aporte de modo inaugural nesta Turma, as premissas para o seu assertivo exame encontram-se firmadas em precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive no que tange ao primeiro ponto a ser avertado: a equivalência prática entre isenção e sujeição à alíquota zero:

Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Insumos ou matérias primas tributados. Saída isenta ou sujeita à alíquota zero. Art. 153, § 3º, inc. II, da Constituição da República. Art. 11 da Lei n. 9.779/1999. Princípio da não cumulatividade. Direito ao creditamento: inexistência. Recurso extraordinário provido.

[...]

3. *Embora a isenção e a alíquota zero tenham naturezas jurídicas diferentes, a consequência é a mesma, em razão da desoneração do tributo.*

[...]

(RE 475.551/PR, Pleno, Rel. p/ o acórdão Ministra Cármen Lúcia, julgado em 06.05.2009, publicado em 13.11.2009 – destaque meu).

[...] Direito Tributário. Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Princípio da não cumulatividade. Produtos com saídas não tributadas. Juízo de retratação.

[...]

2. *Apesar de possuírem naturezas jurídicas díspares, não há diferenciação nas situações em que os produtos estão sujeitos a saídas isentas, não tributadas ou reduzidas à alíquota zero, pois a consequência jurídica é a mesma dentro da cadeia produtiva, em razão da desoneração tributária do produto final.*

[...]

(AgR no AgR no RE 379.843/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 07.03.2017, publicado em 27.03.2017 – destaques meus).

Tal compreensão afina-se com a conclusão, abraçada neste voto-vista, segundo a qual se aplica o art. 178 do CTN à hipótese da desoneração fiscal por prazo certo e em função de determinadas condições que reduzam a zero a alíquota da Contribuição ao PIS e da Cofins.

Noutro vértice, primordial anotar que o Supremo Tribunal Federal, há muito, cristalizou, em sua Súmula n. 544, de 1969, o entendimento de que as “isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas”.

Nessa direção, leciona Aliomar Baleeiro acerca da imbricação dos princípios consagrados pela jurisprudência a qual ensejou a edição do apontado verbete e a norma radicada no multicitado art. 178 do CTN:

Sem dúvida, em princípio, a regra deve ser a revogabilidade ou a redutibilidade da isenção em qualquer tempo em que o Estado entenda que ela já não corresponde ao interesse público do qual promanou. Contudo, há exceções, quando a isenção, pelas condições de sua outorga *conduziu o contribuinte a uma atividade que ele não empreenderia se estivesse sujeito aos tributos da época*. Então ela foi onerosa para o beneficiário. Nesses casos, a revogabilidade total ou parcial, seria um ludíbrio à boa-fé dos que confiaram nos incentivos acenados pelo Estado. [...]

[...]

O art. 178 veio, pois, consagrar princípios que a jurisprudência já construía, passa a passo, nos anos imediatamente anteriores à sua promulgação.

(Direito Tributário Brasileiro - CTN Comentado. 14ª ed., rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 1.372/1.373, atualizado por Misabel Derzi – destaques meus).

No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, a Corte Especial, conquanto em exame perfunctório próprio do pleito de suspensão de segurança, indeferiu o pedido formulado pela Fazenda Nacional contra acórdão do TRF/1, cuja apreciação envolveu a revogação do próprio incentivo fiscal em análise, com fundamento no princípio da proteção da confiança:

Agravo interno. Pedido de suspensão de liminar. Programa de inclusão digital. Ação declaratória. Tutela recursal para suspender a exigibilidade da cobrança tributária (PIS e COFINS). Grave lesão à ordem e à economia pública. Inexistência.

[...]

2. Hipótese em que o acórdão sub judice restabeleceu o incentivo fiscal previsto no art. 5º da Lei n. 13.097/2015 até ulterior decisão do magistrado de 1º

grau sobre o pedido de antecipação da tutela. A referida norma garantiu o não pagamento do PIS e Cofins incidentes sobre a receita bruta das vendas a varejo de produtos produzidos e comercializados por associadas da ora interessada “às vendas efetuadas até 31 de dezembro de 2018”. Benefício fiscal revogado pela Medida Provisória n. 690/2015, convertida na Lei n. 13.241/2015.

3. Pleito suspensivo que demanda o exame aprofundado do mérito da controvérsia. Impossibilidade.

4. A revogação do Programa de Inclusão Digital, sem dúvida, *arranha o princípio da confiança, que deve ser preservado no sistema tributário*. Em outras palavras, o contribuinte tem expectativas que devem ser conservadas.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt na SLS 2.161/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 16.11.2016, DJe 06.12.2016 – destaque meu).

A par disso, cumpre anotar que esta Turma reconheceu, diante da norma descrita no art. 178 do CTN, a *onerosidade* da isenção do Imposto sobre a Renda relativo ao lucro auferido por pessoa física pela venda de cotas de participação societária, se a alienação ocorresse *após cinco anos da sua subscrição ou aquisição*:

[...] Imposto de renda. Alienação de ações. Decreto-Lei 1.510/76. Isenção concedida sob determinadas condições. Revogação. Art. 58 da Lei n. 7.713/88. Súmula n. 544/STF. Direito adquirido à isenção.

1. A controvérsia da presente demanda está alicerçada na eventual lesão ao direito do contribuinte em face da isenção do imposto de renda de pessoa física, veiculada nos arts. 1º e 4º, “d”, do Decreto-Lei n. 1.510, de 27 de dezembro de 1976, e revogada pela Lei n. 7.713/88.

2. *Da leitura do art. 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei n. 1.510/76, constata-se que o referido dispositivo legal estabelecia isenção do imposto de renda sobre o lucro auferido por pessoa física pela venda de cotas de participação societária se a alienação ocorresse após cinco anos da sua subscrição ou aquisição. Essa foi a condição onerosa imposta pela lei ao contribuinte para a fruição da isenção tributária.*

3. *Implementada a condição onerosa exigida para a concessão da isenção antes da vigência da norma revogadora, ou seja, feita a alienação após transcorridos cinco anos da subscrição ou da aquisição da participação societária, não há falar em incidência do imposto de renda. Inteligência da Súmula 544/STF: “Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas”. [...]*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.164.768/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 24.05.2011, DJe 01.06.2011 – destaquei).

Nesse sentido, destaco, ainda, julgado da 2ª Turma, o qual assenta expressa referência ao *direito adquirido do contribuinte à isenção se atendidas as condições impostas*:

Tributário [...] Isenção de imposto de renda sobre alienação de ações societárias. Decreto-Lei 1.510/76. Revogação pela Lei 7.713/88. Direito adquirido. Recurso parcialmente provido.

[...]

2. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que *a isenção conferida pelo Decreto-Lei n. 1.510/1976, art. 4º, 'd', é isenção onerosa, hipótese em que, nos termos do art. 178 do CTN e da Súmula 544/STF não poderia ser revogada se atendidos os seus requisitos, configurando-se direito adquirido à isenção*. Precedentes.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.241.131/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.08.2013, DJe 04.09.2013 – destaque meu).

Assentada nesta Corte, portanto, a presença da onerosidade, nos moldes exigidos pelo art. 178 do CTN, na hipótese de transcurso do prazo de cinco anos sem alienação de bem, situação nitidamente mais benévola do que a analisada no caso em tela, com mais intensidade revela-se, em meu sentir, a onerosidade na exigência de a submissão a preços máximos de venda de produtos por varejistas, com restrição de fornecedores, tal como delineada.

Remarcado o panorama jurisprudencial, adentro ao exame da pretensão vertida no Recurso Especial.

VI. O caso concreto

In casu, ganha relevo o contexto de economia de livre mercado, guiado pela livre iniciativa, a qual resguarda aos agentes econômicos a liberdade de atuação nas transações comerciais, sendo franqueada a compra e venda de bens e serviços sem interferências do Poder Público.

A *proteção da confiança no âmbito tributário*, uma das faces do princípio da segurança jurídica, prestigiado pela norma do art. 178 do CTN, deve ser homenageada na apreciação deste recurso, sob pena de olvidar-se a boa-fé da contribuinte, que aderiu à política fiscal de inclusão social, concebida mediante condições onerosas para o gozo do incentivo da alíquota zero de tributos (Contribuição ao PIS e a Cofins).

Assim, a sujeição ao limite de preço, somada à restrição na contratação dos fornecedores, revela a contrapartida da empresa no que tange à ação governamental voltada à democratização do acesso aos meios digitais, porquanto esteve a contribuinte submetida ao efeito próprio da restrição à liberdade empresarial – a diminuição do lucro –, impondo-se a imediata readequação da estrutura do negócio, além da manutenção dessa conformação empresarial durante o longo período de vigência do incentivo.

Nessa direção, registram Fernando Scaff e Ivan Allegretti:

O que se quer mostrar é que, pelas próprias características do Programa de Inclusão Digital, as “determinadas condições” a que se refere o artigo 178 do CTN não são de caráter individual e isolado, *sendo impostas a todos os elos e ao conjunto dos agentes econômicos*.

O atendimento das condições legais não pode ser aferido individualmente porque a lei impõe exigências que propositalmente alcançam todos os agentes da cadeia econômica, inclusive porque *a finalidade perseguida pelo benefício fiscal era fazer chegar ao consumidor das camadas mais pobres um bem de informática cujo valor não superasse aquele fixado pelo Estado*.

(<https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/scaff-allegretti-stj-revogacao-antecipada-lei-bem>, acesso em 30.04.2021 – destaquei).

Deveras, a presença de efetivo ônus à contribuinte, no caso em tela, atrai a proteção do direito adquirido ao benefício aprofundado pelo Estado, uma vez que exsurge, como notório, o encargo estabelecido pela legislação de regência do incentivo fiscal (Lei n. 11.196/2005, e alterações posteriores), incidindo, como exposto, a norma prescrita no art. 178 do CTN.

Ademais, consistindo a previsibilidade das consequências decorrentes das condutas adotadas pela Administração outro desdobramento da segurança jurídica, como sublinhado, configura ato censurável a prematura extinção do regime de alíquota zero para tais contribuições, após sua prorrogação para novos exercícios, os quais, somados aos períodos anteriormente concedidos, ultrapassam uma década de ação indutora do comportamento dos agentes econômicos do setor, inclusive dos varejistas, com vista a beneficiar os consumidores de baixa renda.

Logo, em meu sentir, a açodada revogação da alíquota zero da Contribuição ao PIS e da Cofins vulnera, frontalmente, o art. 178 do CTN, o qual dá concretude ao princípio da segurança jurídica no âmbito das isenções condicionadas e por prazo certo.

Posto isso, com a licença do Sr. Ministro Gurgel de Faria, *acompanho* o voto do Sr. Ministro Relator, com acréscimo de fundamentação, para *conhecer* do Recurso Especial, e *dar-lhe provimento*, nos termos expostos.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Recurso especial. Artigo 178 do Código Tributário Nacional. Alíquota-zero. Aplicabilidade. Lei n. 11.196/2005. “Lei do Bem”. Programa de inclusão digital. Limites de preços na venda a varejo. Condição onerosa. Ausência. Recurso não provido, acompanhando a divergência inaugurada pelo e. Min. Gurgel de Faria.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por *Sir Computadores*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Debata-se o direito à continuidade do benefício fiscal da Lei n. 11.196/2005 (Lei do Bem), que estabeleceu alíquota-zero da Contribuição ao PIS e COFINS até 31/12/2018 (por sucessivas prorrogações), alegando-se ilegalidade da superveniente MP 690/2015, convertida na Lei n. 13.241/2015, que restabeleceu as alíquotas integrais de PIS e COFINS incidentes sobre a receita bruta de venda a varejo de produtos eletrônicos e de informática, com efeitos a partir de 31/12/2016. Antecipou-se, portanto, o fim da alíquota-zero da Lei do Bem, *para os varejistas*, de 31/12/2018 para 31/12/2016.

O Instituto para Desenvolvimento do Varejo – IDV e a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica foram admitidos no feito na condição de *amicus curiae* (fls. 582-584).

Na sessão de julgamento de 1º/12/2020, o eminente Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, votou pelo conhecimento e provimento do recurso especial, entendendo aplicável o art. 178 do CTN à alíquota-zero e declarando o direito da recorrente de “usufruir do benefício de redução a zero das alíquotas do PIS e da COFINS, estabelecido nos arts. 28 a 30 da Lei n. 11.196/2005, pelo prazo previsto no art. 5º da Lei 13.097/2015, qual seja, 31/12/2018”.

Em 09/03/2021, o Ministro Gurgel de Faria trouxe voto-vista no sentido de que o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança recomendam

que a irrevogabilidade da isenção onerosa por prazo certo (art. 178 do CTN) também seja assegurada aos casos de alíquota-zero, quando concedida por prazo certo e sob certas condições. Nisto, portanto, concordou com o relator.

Todavia, divergiu do relator para afirmar que o Programa de Inclusão Digital (PID) promove repercussões distintas entre industriais e varejistas: aos industriais foi imposta a produção segundo um Processo Produtivo Básico (PPB) enquanto aos varejistas não se constata a imposição de condições onerosas, que gerassem investimentos relevantes ou gastos financeiros extraordinários. Enquanto a adaptação do PPB envolve readequação do parque produtivo com seus desdobramentos operacionais e financeiros, a condição imposta aos varejistas para usufruir da alíquota-zero consistiu apenas em certas limitações de preços finais praticados que, no entender da divergência inaugurada, não configuram o tipo de onerosidade a que se refere o art. 178 do CTN (esforço dispendioso, obra cara, imobilização de capitais, conforme lição de Souto Maior Borges citada no voto).

A Ministra Regina Helena Costa apresentou voto-vista na sessão de 11/05/2021. A par de entender, assim como os excelentíssimos Ministros que a antecederam, que o art. 178 do CTN se aplica às hipóteses de revogação de alíquota-zero, a eminente Ministra acompanhou a posição do relator, acrescentando à fundamentação que “a fruição da redução da alíquota a zero sujeitava a empresa varejista: (i) à restrição de fornecedores, apenas os nacionais com adoção do processo produtivo indicado pelo Poder Executivo poderiam ser contratados; e (ii) à limitação do preço de venda”, condições cujo caráter entende nitidamente oneroso, diante da inegável restrição à liberdade empresarial.

A eminente Ministra cita acórdão da Corte Especial na SLS 2.161/DF, que rejeitou o pedido da Fazenda Nacional para suspender liminar que acolheu a pretensão dos contribuintes de manter o incentivo fiscal em análise. Cita também decisões da 1ª e 2ª Turmas da Primeira Seção deste STJ, a respeito da isenção de imposto de renda sobre alienação de ações societárias (Decreto-Lei 1.510/76), que entenderam onerosa a condição de permanecer por cinco anos com a posse das ações para auferir a isenção.

Diante da robustez dos votos apresentados, estando o feito em vista coletiva, solicitei prazo para melhor análise.

É o relatório.

Quanto ao conhecimento, me alinho aos eminentes Ministros que me antecederam. Passo, então, ao mérito.

Acompanho o nobre relator quanto à premissa de aplicação do art. 178 do CTN às hipóteses de fixação de alíquota-zero sob condição onerosa e por prazo certo.

Muito embora o dispositivo trate de isenção, o aspecto relevante ao caso é a ressalva que ele enuncia (“*salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições*”), sendo certo que sua inspiração vem de valores constitucionais elevados como os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, materializando requisitos de estabilidade e previsibilidade mínimos que se espera do ordenamento jurídico tributário.

Assim, se a Lei concede desoneração, seja na forma de isenção, seja alíquota-zero, por prazo determinado e com a exigência de “contrapartida” onerosa do contribuinte para sua fruição, há de ser observada a ressalva do art. 178 do CTN, assim como a Súmula 544/STF, quanto à sua revogação.

Neste sentido, sigo o consenso dos nobres Ministros que já votaram.

Entretanto, peço vênia ao eminente relator e à eminente Ministra Regina Helena Costa para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Gurgel de Faria, no que toca ao caráter oneroso da alíquota-zero instituída no Programa de Inclusão Digital, particularmente quanto aos contribuintes varejistas.

Ao que se vê, foram apontadas três “condições” aplicáveis ao varejo, no que diz respeito ao Programa de Inclusão Digital: i) restrição de fornecedores: apenas produtos nacionais feitos com adoção do Processo Produtivo Básico (PPB) indicado pelo Poder Executivo poderiam usufruir do benefício (art. 28 e incisos, da Lei 11.196/05); ii) atestar na nota fiscal que se trata de produto fabricado conforme PPB aprovado (art. 28, § 4º); iii) observar determinados limites de preços na venda a varejo (art. 28, § 1º e Decreto 5.602/2005, art. 2º)

De largada, não vejo condição onerosa aos varejistas na restrição do benefício à receita bruta advinda da venda de produtos de fornecedores nacionais, que tenham adotado processo produtivo indicado pelo Poder Executivo.

Trata-se, a meu ver, de mera delimitação do âmbito objetivo de incidência do benefício, isto é, a *definição das características dos produtos cuja revenda é desonerada, não restringindo o varejista* de forma alguma na escolha de seus fornecedores – ele permanece livre para negociar tanto com fabricantes que atendam o mencionado PPB quanto aqueles que não atendam.

Quanto à informação do PPB na nota fiscal do varejista, trata-se de mera obrigação acessória com o fim de operacionalizar e facilitar o controle e a fiscalização do benefício, sem qualquer caráter de condição onerosa.

Por fim, na limitação do preço de venda, aí sim, reside alguma inquietude.

Entendo, todavia, que a definição de um preço máximo a ser praticado na revenda pelo varejista, para fins do gozo do benefício, não configura uma “contrapartida” onerosa exigida deste contribuinte. Não envolve esforço particularmente dispendioso, obra cara, adaptação de instalações ou imobilização de capitais.

Como bem destacou o Ministro Gurgel de Faria em seu voto, eventuais reforços de estoque, publicidade e ampliação de pessoal para fazer frente à *expectativa de aumento nas vendas*, decorrente da redução de preços ao consumidor final, *não são decorrência imediata da exigência contida na Lei* para o gozo do benefício (preço-limite), como é, por exemplo, a adequação do parque industrial a determinado Processo Produtivo Básico.

Trata-se de decorrências da estratégia comercial, adotada por cada contribuinte à sua maneira, visando o melhor aproveitamento do benefício. São decisões e riscos inerentes ao próprio exercício da atividade empresarial, e não imposições da Lei que concede o benefício.

Pelo incentivo fiscal em apreço, o Poder Público busca e se compromete com a redução dos preços ao consumidor final pela desoneração fiscal, mas não particularmente com o aumento de vendas que, embora esperado, pode vir a não acontecer, apesar da desoneração, pelas mais diversas razões de ordem econômica. Isto confirma, a meu ver, a compreensão de que esforços empreendidos no sentido de planejamento comercial, reforço de estoque, veiculação de publicidade, entre outros, não configuram condição onerosa vinculada à fruição da alíquota-zero, apta a atrair a vedação de revogação inferida a partir do art. 178 do CTN e da Súmula 544/STF.

Quanto aos precedentes desta Corte a respeito da isenção tratada no Decreto-Lei 1.510/76 (ganho de capital na alienação de ações mantidas por mais de 5 anos), entendo que muito embora, de fato, os julgados façam menção à onerosidade da isenção e à Súmula 544/STF, a situação ali tratada era significativamente diversa.

Isto porque a isenção do Decreto-Lei 1.510/76 se referia a um fato gerador futuro e específico (ganho de capital quando da alienação de ação), a ser desonerado tão logo fosse cumprida a condição estabelecida em Lei. Desta forma, a ultratividade da isenção decorria sobretudo do *cumprimento prévio e integral da condição antes do advento da norma revogadora* – aspecto consignado em praticamente todos os acórdãos sobre o tema. Por exemplo, colhe-se do

AgRg no REsp 1.164.768/RS, mencionado no voto-vista da eminente Ministra Regina Helena Costa:

Da minuciosa leitura do art. 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei n. 1.510/76 constata-se que o referido dispositivo legal estabelecia isenção do imposto de renda sobre lucro auferido por pessoa física pela venda de ações se a alienação ocorresse após cinco anos da subscrição ou da aquisição da participação societária.

Portanto, implementada a condição pelo contribuinte antes da norma revogadora, ou seja, feita a alienação após transcorridos cinco anos da subscrição ou da aquisição da participação societária, não há falar em incidência do imposto de renda de pessoa física.

[...]

Aliás, este Superior Tribunal, em diversas oportunidades, por ambas as Turmas que compõem a 3ª Seção, já se manifestou no sentido de que, .

(Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 01/06/2011).

Na situação ora em apreço, diferentemente, a alíquota-zero incide sobre vários fatos geradores no decurso do tempo, cada qual a ela fazendo jus concomitantemente ao implemento do requisito de fruição (vendas a varejo a preço menor que o teto estabelecido). Neste cenário, não há que se falar em direito adquirido relativo a fatos geradores posteriores à norma revogadora, como acontecia no Decreto-Lei 1.510/76. E quanto ao caráter oneroso da presente alíquota-zero, no que tange aos varejistas, o entendo inexistente, pelas razões já mencionadas.

Ante o exposto, pedindo vênia ao nobre relator, acompanho a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Gurgel de Faria para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.844.316-DF (2019/0316530-8)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: TAM Linhas Aéreas S/A

Advogados: Roberto de Siqueira Campos - SP026461

Ana Luísa Rabelo Pereira - DF012997

Marcos Engel Vieira Barbosa - SP258533

Gabriel Miranda Batisti - SP310606

Recorrido: Distrito Federal

Procurador: Iran Machado Nascimento - DF013105

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inexistência. ICMS. Querosene de aviação. Insumo. Creditamento proporcional. Aproveitamento de valores pretéritos. Creditamento. Possibilidade. Art. 166 do CTN

1. Discute-se nos autos o direito aos créditos de ICMS oriundos das aquisições de combustível de aeronave (querosene), utilizados na prestação de transporte aéreo tributado pelo imposto estadual.

2. Afasta-se a incidência da Súmula 280/STF, uma vez que essa instância superior, no presente caso, não enfrentará o modo de execução ou de cálculo do crédito de ICMS, mas sim o direito ao creditamento. Afastam-se igualmente os óbices apontados em contrarrazões contidos nas Súmulas 282 e 283 do STF, uma vez que a questão controvertida foi devidamente enfrentada pelo acórdão recorrido, havendo prequestionamento dos dispositivos apontados como violados, não havendo argumento não impugnado pelo recorrente, no que diz respeito ao direito ao creditamento do ICMS.

3. Quanto ao mérito, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido de que, para fins de creditamento de ICMS, é necessário que o produto seja essencial ao exercício da atividade produtiva para que seja considerado insumo (AgInt no AREsp 424.110/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/2/2019, DJe 26/2/2019, DJe 25/2/2019).

4. Mediante interpretação do art. 20, *caput*, da LC 87/1996, tem-se que o combustível utilizado por empresa de prestação de serviço de transporte aéreo constitui insumo indispensável à sua atividade, de modo que o ICMS incidente na respectiva aquisição constitui crédito dedutível na operação seguinte.

5. “A 1ª Seção desta Corte já consolidou entendimento quanto à inaplicabilidade do art. 166 do CTN quando trata a questão jurídica de aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes do princípio da não-cumulatividade. A propósito, citam-se os seguintes julgados: AgRg no REsp 1.178.563/SP, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 15/3/2011; AgRg no Ag 1.022.174/SP, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 19/3/2009” (AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 471.109/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 3/12/2020, DJe 15/12/2020).

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 14.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por *TAM Linhas Aéreas S/A.* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim ementado:

Direito Tributário. Apelação cível e remessa necessária. Ação de conhecimento. Nulidade de sentença. Ilegitimidade ativa. Preliminares rejeitadas. ICMS sobre combustível derivado de petróleo. Querosene de aviação. Art. 155 da CF. Não-cumulatividade. Lei Complementar n. 87/1996. Crédito de ICMS sobre insumos. Serviço de transporte aéreo. Sentença reformada.

1 - O descontentamento da Parte com a solução dada pela Magistrada à causa - com a aplicação fundamentada de dispositivo legal que a Parte reputa

inaplicável em razão de argumentos devidamente enfrentados pela Julgadora - não significam que o julgado é defeituoso e deve ser cassado. Do mesmo modo, a dificuldade da Parte em compreender o texto da sentença, suficientemente claro, não enseja a necessidade de cassação da decisão.

2 - Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 155, § 2º, X, b, da Constituição não institui imunidade sobre os combustíveis derivados de petróleo, mas sim benefício em favor do Estado de destino do combustível. Ademais, embora a subsequente alínea h possibilite a previsão de incidência monofásica do ICMS sobre tais mercadorias, essa alternativa legal não prescinde de previsão em lei complementar, inexistente até o momento. Assim, reconhece-se a legitimidade ativa da Demandante - empresa do ramo de aviação - para propositura de Ação que tem como objeto o reconhecimento de direito de creditamento do ICMS pago na aquisição de querosene.

3 - Consoante art. 155, § 2º, I, da Constituição e art. 20, *caput*, da Lei Complementar n. 87/1996, exsurge para o contribuinte direito ao crédito referente à aquisição de insumos indispensáveis para a prestação do serviço de transporte aéreo. Uma vez que o querosene não está ligado à manutenção da máquina administrativa interna da empresa aérea e que é impossível o fornecimento do serviço sem o emprego direto desse bem e, ainda, considerando-se que no momento em que o serviço se inicia, o querosene está presente, degradando-se na justa medida em que o transporte é efetivamente prestado ao cliente, não há outra conclusão possível senão a de que o querosene é insumo para a prestação do serviço de transporte aéreo.

4 - Uma vez que a empresa de aviação presta, simultaneamente, na mesma aeronave, serviço de transporte de passageiros (não tributado) e de transporte de cargas (tributado), é impossível dissociar a quantidade de combustível gasta na modalidade tributada de serviço daquela empregada na modalidade não tributada, para fins de estorno proporcional do crédito referente ao serviço sobre o qual não incide ICMS.

5 - O contribuinte não está autorizado a inventar uma maneira de cálculo própria para verificação da proporção do serviço não tributado, mormente quando a fórmula proposta dá-se em função não da proporção da matéria-prima utilizada, como determinam as normas distritais (art. 60, § 9º, do Decreto n. 18.955/1997), mas sim com base no faturamento que cada um dos serviços gera para a contribuinte.

Preliminares rejeitadas.

Apelação Cível da Autora desprovida.

Apelação Cível do Réu e Remessa Necessária providas.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

A parte recorrente alega, além da ocorrência de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, dos arts. 13, 20, 21 e 33 da LC n. 87/1996, dos arts. 108 e 166 do CTN, sustentando, em síntese (fls. 562/599):

O que se observa é que a decisão privilegiou a aplicação ao caso de um critério previsto em norma distrital que não se amolda à situação dos autos por ser específica às atividades de contribuintes industriais (aqueles que promovem a transformação de matérias-primas em produtos), em detrimento dos arts. 146, III e 155, § 29-, XII, "c" da Constituição Federal e aos arts. 13, III; 20, §§ 39. e 52; 21, I e 33, II da LC 87/96, interpretados de maneira sistemática e harmônica com o disposto no art. 108 do CTN.[...]Na inicial e nas demais manifestações ao longo do processo, a Recorrente demonstrou que faz jus ao aproveitamento proporcional de créditos de ICMS sobre o combustível utilizado em seus serviços de transporte aéreo. Para atender ao disposto no art. 20, § 3º. da LC 87/96, uma parcela dos créditos originados das aquisições de combustível, vinculada a serviços isentos (transporte de passageiros), deve ser estornada, conforme determina o art. 21, I da LC 87/96. Por sua vez, o valor dos créditos a serem estornados deve ser apurado com base na proporção entre o valor (as receitas auferidas a partir) dos serviços tributados e não tributados prestados no período de apuração. O valor da operação ou preço do serviço são, juntamente com a alíquota, os elementos definidores do aspecto quantitativo da incidência do ICMS, tanto para estabelecer o valor do tributo devido, como para estabelecer a proporcionalidade de créditos. O critério de rateio defendido pela Recorrente, baseado na proporção entre as receitas auferidas em atividades tributas e isentas ou imunes está previsto na maneira expressa no art. 20, § 5, II e III, e no art. 33, II, da LC 87/96, que tratam do aproveitamento de créditos sobre bens do ativo permanente e energia elétrica, respectivamente. É esse, portanto, o critério de rateio tradicionalmente adotado pela legislação do ICMS e que deve ser adotado pela Recorrente em razão do disposto no art. 108 do CTN.

Contrarrazões apresentadas pelo *Distrito Federal*, nas quais pede, preliminarmente, o não conhecimento do recurso e, no mérito, seu desprovimento, pontuando (fls. 779/821):

a tributação do ICMS sobre o querosene incide total e unicamente na forma de substituição tributária monofásica, sob a responsabilidade da Refinaria de Petróleo. As demais etapas, conforme dicção constitucional do art. 155, § 2º, inciso X, alínea "b", são imunes à incidência do ICMS. Nesse quadro, sobre cristalina uma conclusão inexorável, qual seja, a impossibilidade de que a recorrente se credite do ICMS sobre o querosene que adquire, sendo, por isso mesmo, parte ilegítima para figurar no polo ativo da presente demanda. Em verdade, a recorrente não é sequer contribuinte do ICMS incidente sobre combustível, condição sem a qual

não há falar em direito de crédito deste tributo, lembrando que as empresas de transporte aéreo são consumidoras finais do combustível

Recursos especial e extraordinários admitidos na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator):

I. Inexistência da alegada violação aos artigos 489 e 1.022 do CPC

De início, não há violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado. E, no caso, o órgão julgador apreciou todos os pontos relevantes à conclusão do julgado.

II. Delimitação da questão controvertida

Prosseguindo na análise do recurso especial, a recorrente TAM S/A ajuizou ação declaratória, objetivando a declaração da “existência da relação jurídico-tributária que confere à Autora o direito de se apropriar e compensar, proporcionalmente, os créditos de ICMS oriundos das aquisições pretéritas e futuras de combustível de aeronave (querosene), utilizados na prestação de transporte aéreo tributado pelo imposto estadual”.

A sentença proferida pelo juízo de primeiro grau (fls. 214/220) julgou o pedido parcialmente procedente, para declarar a existência de relação jurídico-tributária entre as partes, conferindo à autora o direito de compensar, proporcionalmente, os créditos do ICMS oriundos tão-somente das aquisições futuras.

A TAM S/A., então, interpôs recurso de apelação, insurgindo-se quanto ao tema do art. 166 do CTN e a respeito dos honorários de sucumbência (fls. 267/286).

O Distrito Federal, por sua vez, interpôs apelação, deduzindo ilegitimidade ativa da sociedade empresária, uma vez que não seria contribuinte do ICMS; não qualificação do querosene de avião como insumo; e equívoco na fixação da verba honorária (fls. 303/333).

O TJDF negou provimento à Apelação da TAM S/A e deu provimento à apelação e remessa necessária do Fisco Distrital, para julgar improcedente a demanda e, portanto, reformar a sentença de primeiro grau.

Verifica-se que a questão posta em julgamento cinge-se à análise da possibilidade ou não de creditamento de ICMS, por parte da autora, na aquisição do combustível para a prestação de seu serviço de transporte aéreo, o que passo a enfrentar.

III. Afastamento dos óbices processuais ao conhecimento recursal

A procuradoria do DF sustenta, em contrarrazões, que o recurso especial não deve ser conhecido pela incidência das Súmulas 280, 282 e 283 do STF.

Quanto à Súmula 280/STF, sustenta a recorrida que a Corte de origem resolveu a controvérsia com base no “art. 35, incisos I e II e § 1º, inciso II da Lei Distrital 1.254/96 e art. 60, incisos I e II e § 9º do Decreto Distrital 18.955/97. É o que se infere das seguintes passagens dos julgados do TJDFT” (fl. 782).

Ocorre que referidos normativos, sobre os quais, de fato, este Superior Tribunal de Justiça não tem competência constitucional para definir o sentido e alcance, tratam da forma de cálculo dos créditos. Conforme asseverou a procuradoria do DF (fl. 784), no recorte que inseriu do acórdão recorrido na sua peça de contrarrazões, a Corte de origem não negou o direito ao crédito, mas, com base nos normativos locais, afastou a forma de cálculo pretendida pela recorrente.

Entretanto, embora o STJ não possa adentrar ao modo específico como deve se proceder para o efetivo cálculo e aproveitamento do crédito, deve a Corte Superior enfrentar a seguinte questão: a discussão sobre a forma adequada de cálculo está impedindo o próprio gozo do direito? Se a resposta for afirmativa, haverá violação à legislação federal e à jurisprudência do STJ, que assegura o aproveitamento dos créditos do ICMS.

Portanto, afasta-se a incidência da Súmula 280/STF, uma vez que o debate não se dará a respeito da forma adequada de cálculo do crédito de ICMS, regulada em normativos locais, mas sim quanto ao direito em si, ao creditamento, que obliquamente pode estar sendo negado por uma controvérsia de liquidação ou cálculo.

Quanto à Súmula 283/STF, sustenta o recorrido, em contrarrazões, que não houve impugnação específica incidência da Lei Distrital 1.254/1996 (fl.

785). No entanto, o debate parece ter se deslocado para a execução do direito, e não para o seu asseguramento. Não se pode, por via transversa, deixar de assegurar um direito por divergência no modo de sua execução. A forma como os créditos devem ser assegurados é um debate deslocado, de modo que, para garantir o núcleo do direito ao creditamento, não se fazia necessário impugnar a referida Lei Distrital.

Por fim, quanto à Súmula 282/STF, os dispositivos legais e a questão controvertida, no que diz respeito ao asseguramento dos créditos de ICMS, foram enfrentados pelo acórdão recorrido. Desse modo, não há ausência de prequestionamento.

IV. O direito ao creditamento de ICMS

O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido de que, para fins de creditamento de ICMS, é necessário que o produto seja essencial ao exercício da atividade produtiva para que seja considerado insumo (AgInt no AREsp 424.110/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/2/2019, DJe 26/2/2019, DJe 25/2/2019).

O acórdão recorrido, proferido pelo TJDF, reconheceu que o querosene (combustível de avião) constitui insumo para a prestação do serviço de transporte aéreo, uma vez que é consumido na justa medida em que o transporte é efetivamente prestado ao cliente.

Essa compreensão vai ao encontro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, são os seguintes precedentes.

Tributário. ICMS. Creditamento. Aquisição de combustíveis e lubrificantes. Sociedade empresária prestadora de serviços de transporte. Produtos indispensáveis à prestação do serviço. Insumos.

1. O entendimento da Primeira Turma do STJ é no sentido de reconhecer o direito ao creditamento de ICMS no que concerne à aquisição de combustível e lubrificantes por sociedade empresária prestadora de serviço de transporte, uma vez que tais produtos são essenciais para o exercício de sua atividade produtiva, devendo ser considerados como insumos. Julgados: AgInt no REsp 1.208.413/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/05/2017; RMS 32.110/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/10/2010.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 424.110/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019)

Tributário. ICMS. Serviço de transporte fluvial. Combustível. Aproveitamento do aludido crédito por força do princípio da não-cumulatividade.

O combustível utilizado por empresa de prestação de serviço de transporte fluvial constitui insumo indispensável à sua atividade, de modo que o ICMS incidente na respectiva aquisição constitui crédito dedutível na operação seguinte (LC 87/96, art. 20, *caput*).

Tratando-se o combustível de insumo, não se lhe aplica a limitação prevista no art. 33, I, da Lei Complementar n. 87, de 1996, que só alcança as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento.

No âmbito do recurso especial, admite-se excepcionalmente o reexame da verba honorária para reduzi-la quando, como na espécie, arbitrada em montante excessivo.

Recurso especial provido em parte.

(REsp 1.435.626/PA, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, REPDJe 16/06/2014, DJe 13/06/2014)

Entretanto, o Tribunal reformou a sentença e negou o direito de creditamento ao recorrente, empresa aérea. A compreensão do acórdão recorrido foi a de que, uma vez que a empresa de aviação presta, simultaneamente, na mesma aeronave, serviço de transporte de passageiros (não tributado) e de transporte de cargas (tributado), é impossível dissociar a quantidade de combustível gasta na modalidade tributada de serviço daquela empregada na modalidade não tributada, para fins de estorno proporcional do crédito referente ao serviço sobre o qual não incide ICMS.

Diante disso, o acórdão recorrido compreendeu que “o contribuinte não está autorizado a inventar uma maneira de cálculo própria para verificação da proporção do serviço não tributado, mormente quando a fórmula proposta dá-se em função não da proporção da matéria-prima utilizada, como determinam as normas distritais (art. 60, § 9º, do Decreto n. 18.955/1997), mas sim com base no faturamento que cada um dos serviços gera para a contribuinte”.

Observo que o Tribunal de Justiça embora tenha reconhecido o direito ao creditamento, reformou a sentença de parcial procedência, dando provimento à apelação do Fisco Distrital, em virtude da forma de cálculo do creditamento pretendido.

Na petição inicial que inaugura o presente processo judicial, assim se expressou a recorrente, TAM S/A (fls. 28/29):

Deve-se ressaltar, ainda, que as prestações tributadas de serviço de transporte aéreo (transporte de cargas) e não tributadas (transporte de pessoas) são realizadas simultaneamente através da utilização da mesma aeronave.

Tendo em vista que o ICMS é imposto sujeito ao lançamento por homologação, devendo o contribuinte realizar a apuração do imposto devido e efetuar o seu pagamento, sem prévia verificação pelo Fisco, cabe à Autora a verificação da proporcionalidade do crédito que poderá aproveitar, no presente caso, assim como o valor a ser estornado correspondente às prestações não tributadas de serviço de transporte aéreo, podendo o fisco, a posteriori e dentro do prazo de decadência, conferir os respectivos valores.

Quanto a esse ponto, o juízo de primeiro grau, assim se manifestou na sentença de fls. 214/220:

Por fim, o requerido sustenta a impossibilidade do creditamento em relação aos serviços de transporte de passageiros nacional e internacional e de cargas internacional, uma vez que estes não seriam tributados, sendo certo que somente o transporte aéreo de carga nacional que sofreria a tributação. Ocorre que, por óbvio, a compensação dos valores pagos, a título de ICMS só se efetivará quando houver a ocorrência do fato gerador do imposto a incidir o pagamento, não sendo o caso de promover o creditamento de qualquer importância em situação não tributada devido à inviabilidade prática do instituto.

No mesmo sentido que se manifestou o juízo de primeiro grau, compreendo que o crédito de ICMS a que faz jus a recorrente TAM S/A decorre da sistemática própria do imposto, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a garantir o creditamento dos insumos.

O combustível da aeronave é consumido como insumo inseparável na prestação do transporte, de modo que pode ser creditado pela recorrente. Quanto à segregação de valores referentes ao serviço de transporte de passageiros, ou qualquer outro fato concomitante que escape à tributação do imposto, caberá a apuração no momento próprio de delimitação da matéria tributável, que é o lançamento fiscal.

Não se pode, do modo como compreendo a controvérsia, negar o gozo do direito ao creditamento em virtude do modo específico de segregação dos serviços prestados pela recorrente. Essa é uma matéria que deve ser enfrentada por ocasião da constituição da matéria tributável, na seara de lançamento individualizado de cada crédito referente às obrigações tributárias específicas.

Por fim, passo à análise da aplicabilidade do art. 166 do CTN, quanto à necessidade de comprovação de assunção do encargo financeiro do tributo indireto.

A respeito do tema, “a 1ª Seção desta Corte já consolidou entendimento quanto à inaplicabilidade do art. 166 do CTN quando trata a questão jurídica de aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes do princípio da não-cumulatividade. A propósito, citam-se os seguintes julgados: AgRg no REsp 1.178.563/SP, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 15/3/2011; AgRg no Ag 1.022.174/SP, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 19/3/2009” (AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 471.109/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 3/12/2020, DJe 15.12.2020).

Portanto, diante da jurisprudência da Seção de direito público do Superior Tribunal de Justiça, na situação específica do aproveitamento de créditos de ICMS, afasta-se a aplicação do art. 166 do CTN.

No que diz respeito à sucumbência, mantenho os mesmos termos da sentença de primeiro grau, cujos valores devem ser suportados exclusivamente pela Fazenda do Distrito Federal, diante do provimento integral do recurso especial do contribuinte.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.932.864-SP (2020/0002503-9)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Henrique Duarte Prata

Recorrente: Mustang Prata Consultoria em Gestao Empresarial - Eireli

Advogado: Benedicto Celso Benício - SP020047

Advogados: Gisele Pádua de Paola - SP250132

Ariane Costalonga Lima - SP347153

Selena Fernandes Paschoalini - SP316310

Camila de Camargo Vieira Altero - SP242542

Sérgio Gonini Benício - SP195470

Recorrido: Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Art. 1.022 do CPC. Omissão. Inexistência. Art. 23 do Decreto-Lei n. 1.455/1976. Exegese. Pessoa física que constituiu empresa com o exclusivo propósito de importar uma aeronave. Arrendamento mercantil operacional. Admissão temporária do bem. Suspensão do recolhimento de parte do IPI. Interposição fraudulenta caracterizada. Pena de perdimento aplicada pelo Fisco. Cabimento. Pedido de relevação da penalidade. Caso concreto que não se enquadra nas hipóteses normativas autorizadoras da relevação.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 1.022 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas e apreciou integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. A propósito: *AgInt no AREsp 1.678.312/PR*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 13/4/2021.

2. A interposição fraudulenta é considerada presumida na hipótese de não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados em operação de comércio exterior (art. 23, V, § 2º, do Decreto-Lei 1.455/76).

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, “as hipóteses previstas no art. 23 do DL n. 1.455/1976 e no art. 105 do DL n. 37/1966, que permitem a aplicação da pena de perdimento, veiculam presunção de ocorrência de prejuízo à fiscalização e/ou de dano ao erário, a qual pode ser ilidida pelo investigado no decorrer do processo administrativo fiscal”. (*AREsp 600.655/MT*, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 17/2/2017).

4. No caso dos autos, é incontroverso que a pessoa física recorrente constituiu e se serviu da empresa recorrente (litisconsorte ativa) com o tão só propósito de possibilitar a importação da aeronave ao amparo do regime de admissão temporária, com a suspensão do recolhimento de parte do IPI, sem que, ao depois, restasse comprovado nem mesmo o efetivo funcionamento da pessoa jurídica, que tinha como objeto social a prestação de serviço de táxi aéreo.

5. Contexto em que não há como afastar a ocorrência da denominada interposição fraudulenta, ensejadora do perdimento da aeronave importada.

6. Pedido de relevação da pena de perdimento que não encontra amparo nos arts. 736 e 737 do Decreto 6.759/2009.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 29.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial interposto por *Henrique Duarte Prata e Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial Ltda.*, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fls. 1.014/1.016):

Processual Civil. Administrativo. Ação ordinária. Importação de aeronave. Interposição fraudulenta presumida. Ocultação do real sujeito passivo. Pena de perdimento. Cabimento. Apelação desprovida.

1. A questão vertida nos presentes autos refere-se à validade da pena de perdimento de mercadoria apreendida (aeronave), aplicada por autoridade administrativa.

2. Da análise dos autos, se verifica que o apelante *Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial Ltda.* importou uma aeronave objeto da Declaração de Importação n. 08/0703750-2, sob o amparo de regime de admissão temporária, tendo sido deflagrado o Procedimento Especial de Fiscalização

n. 11131.721127/2012-39, com fiscalização iniciada em 26.08.2011 e onde se concluiu ao final pela caracterização da interposição fraudulenta presumida, em razão da não comprovação da origem, da disponibilidade e da efetiva transferência dos recursos utilizados na importação da aeronave, com proposição de aplicação da pena de perdimento prevista no artigo 23, inciso V, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei 1.455/76 e artigo 11 da IN SRF n. 228/2002, além da apreensão da aeronave e declaração de inaptidão da inscrição do CNPJ da referida empresa, conforme artigo 81, §§ 1º e 4º da Lei n. 9.430/96.

3. Observa-se que no decorrer do procedimento de fiscalização, a mencionada apelante teve a oportunidade de apresentar documentos comprobatórios da importação regular da aeronave referente à Declaração de Importação - DI n. 08/0703750-2 e dos custos de transporte da aeronave do país de procedência até o local de chegada no país, quando de seu ingresso no território nacional, mas ficou-se inerte. Constatou-se então que a empresa não funcionava no endereço informado à Receita Federal do Brasil, bem como que a empresa nunca operou e não opera, uma vez que não possui clientes e nem auferiu receitas desde a sua constituição. O Sr. Henrique Duarte Prata, também apelante e sócio da referida empresa, trouxe informações e documentos que, de fato, não demonstraram o efetivo funcionamento da referida empresa, que jamais realizou qualquer atividade para atingimento do seu objeto social, bem como a condição da empresa Mustang de real adquirente da aeronave importada, restando demonstrado, por outro lado, que a aeronave é utilizada para o seu deslocamento enquanto administrador do Hospital de Câncer de Barretos. Observa-se, ainda, que não restou comprovada a origem lícita, da disponibilidade e da efetiva transferência dos recursos necessários à prática de operações em comércio exterior.

4. As irregularidades constatadas, quais sejam, constituição da empresa apenas para possibilitar importação da aeronave ao amparo do regime de admissão temporária; não comprovação da integralização do capital social; não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos provenientes de empréstimos, restaram devidamente comprovadas, não tendo as apelantes demonstrado o desacerto da conclusão da autoridade administrativa, o que fez perenizar a presunção de veracidade e legitimidade que resulta do auto de infração decorrente do Procedimento Especial de Fiscalização.

5. Consoante entendimento do STJ, "as hipóteses previstas no art. 23 do DL n. 1.455/1976 e no art. 105 do DL n. 37/1966, que permitem a aplicação da pena de perdimento, veiculam presunção de ocorrência de prejuízo à fiscalização e/ou de dano ao erário, a qual pode ser ilidida pelo investigado no decorrer do processo administrativo fiscal." (AREsp 600.655/MT, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 17/2/2017).

6. As alegações trazidas no recurso de apelação não são capazes de infirmar o quanto decidido pelo juízo a quo.

7. Restou caracterizada a situação de simulação suficiente para a aplicação do art. 23, V, e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 1.455/76, a possibilitar a aplicação da pena de perdimento. Precedentes.

8. Apelação da parte autora desprovida.

Opostos embargos declaratórios pelos demandantes, foram rejeitados nos termos do acórdão de fls. 1.048/1.060.

Nas razões do especial, apontam os recorrentes violação aos arts. 1.022, II, do CPC; 127 a 132 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986); 712, 736 e 737 do Decreto 6.759/2009; 112 do CTN; e 23 do Decreto-Lei 1.455/1976.

A tanto, sustentam que: (I) a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal de origem remanesceu omissa acerca das seguintes questões: “(a) apreciar a questão da prejudicialidade das demandas, considerando que a empresa Cessna Corporation ajuizou ação, cujo escopo também é a liberação da aeronave e a anulação da pena de perdimento a esta aplicada; (b) ponderar o fato que os Recorrentes não são proprietários da aeronave; (c) pronunciar-se acerca do fato incontroverso que os Recorrentes, em momento algum, tentaram ocultar o importador da aeronave; (d) ponderar que todos os tributos foram devidamente recolhidos; e (e) manifestar-se sobre a relevância da pena de perdimento” (fl. 1.075).

Seguem afirmando que (II) “não há que prevalecer a afirmativa, quanto à inexistência de boa-fé dos Recorrentes, vez que, como já mencionado, a importação deu-se, em observância à legislação vigente atinente ao tema, bem como todos os tributos oriundos de tal operação foram devidamente recolhidos - restou suspensa, por fiança idônea, apenas, a parcela referente ao IPI, em virtude da adoção do regime temporário de importação (fl. 1.081)”; “o único objetivo da importação, como realizada, era ter a aeronave disponível para as atividades profissionais, como pecuarista, do Recorrente Henrique Prata e atendimento das necessidades de transferência e locomoção demandada pelo Hospital do Câncer de Barretos” (fl. 1.084).

Outrossim, aduzem que, (III) “no presente caso, diferentemente do que entendeu o v. acórdão, não houve ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador, ou responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta” (fl. 1.086). Alega, ainda, ser evidente a boa-fé dos Recorrentes, porquanto “não há que se cogitar qualquer prejuízo ao erário, pois, mesmo, sob o regime de admissão temporária, o único tributo diferido foi

o IPI, estando os demais sujeitos à alíquota 0 (zero), tanto para pessoa jurídica como para pessoa física” (fl. 1.091).

Entendem, ainda, (IV) ser desproporcional a pena de perdimento e pelo cabimento de sua relevação, considerando que “não há como constatar qualquer má-fé da empresa Mustang, ora Recorrente, vez que, da análise do relatório fiscal e de todos os relatos/conjunto probatório, facilmente, verifica-se que há uma interpretação diversa dos fatos e documentos apresentados pela empresa Mustang Recorrente” (fl. 1.089); “é incontestável o fato de que todos os tributos incidentes na operação de importação foram recolhidos, evidenciando que, nunca, foi intenção dos Recorrentes causar prejuízo ao erário” (fl. 1.090); e “a empresa Mustang Recorrente não introduziu a mercadoria, clandestinamente, no país, bem como não causou qualquer prejuízo ao erário” (fl. 1.094).

Contrarrrazões apresentadas pela Fazenda Nacional às fls. 1.121/1.124, postulando o desacolhimento do raro apelo.

É o relatório. Segue a fundamentação.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A irrisignação não merece acolhimento.

De início, tenho por satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial.

Destaco, ainda, que a análise da presente controvérsia não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, haja vista que serão levados em consideração os fatos tal como descritos pelas instâncias ordinárias. O alvo do presente julgamento consistirá, portanto, em averiguar se, diante do mencionado suporte fático, houve adequada aplicação da norma federal discutida.

Adiante, verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 1.022 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas e apreciou integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. A propósito: *AgInt no AREsp 1.678.312/PR*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 13/4/2021.

Com efeito, sobre as omissões apontadas, a Corte Regional assim se pronunciou, por ocasião de julgamento dos embargos declaratórios (fls. 1.054/1.055):

[...]

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão negou provimento à apelação da parte autora, por entender que a questão vertida nos presentes autos refere-se à validade da pena de perdimento de mercadoria apreendida (aeronave), aplicada por autoridade administrativa, sendo que as irregularidades constatadas em procedimento de fiscalização, quais sejam, constituição da empresa apenas para possibilitar importação da aeronave ao amparo do regime de admissão temporária; não comprovação da integralização do capital social; não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos provenientes de empréstimos, restaram devidamente comprovadas, não tendo as apelantes demonstrado o desacerto da conclusão da autoridade administrativa, o que fez perenizar a presunção de veracidade e legitimidade que resulta do auto de infração decorrente do Procedimento Especial de Fiscalização.

Na espécie, o voto condutor ressaltou ainda que os apelantes, em suas razões de apelação, confirmam que a importadora da aeronave é a empresa Mustang Prata, a qual foi criada especialmente para possibilitar tal importação para fins de operar como Táxi Aéreo, mas que a atividade de taxiamento ainda não havia sido implementada até a data da fiscalização, ou seja, não afastam a tese de que a empresa foi constituída apenas para possibilitar importação da aeronave ao amparo do regime de admissão temporária.

Em relação à afirmação dos apelantes de que não há que se falar em qualquer prejuízo ao erário quando, na verdade, os impostos foram recolhidos e a suspensão do IPI foi objeto de Termo de Responsabilidade por Fiança, o voto condutor afirmou que, consoante entendimento do STJ, “as hipóteses previstas no art. 23 do DL n. 1.455/1976 e no art. 105 do DL n. 37/1966, que permitem a aplicação da pena de perdimento, veiculam presunção de ocorrência de prejuízo à fiscalização e/ou de dano ao erário, a qual pode ser ilidida pelo investigado no decorrer do processo administrativo fiscal.” (AREsp 600.655/MT, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 17/2/2017) e, desse modo, as alegações trazidas no recurso de apelação não são capazes de infirmar o quanto decidido pelo juízo *a quo*.

Transcreveu o artigo 23, V e §§ 1º e 2º do Decreto-Lei n. 1.455/76, no que concerne à pena de perdimento decorrente da interposição fraudulenta com

ocultação do real adquirente e concluiu que restou caracterizada a situação de simulação suficiente para a aplicação do referido dispositivo legal, a possibilitar a aplicação da pena de perdimento.

Ademais, verifica-se que o fato dos ora embargantes serem apenas arrendatários da aeronave e que a real proprietária da aeronave aqui em discussão (empresa *Cessna Finance Corporation*) ajuizou ação pelo rito ordinário, distribuída à P Vara Cível da Subseção Judiciária de Barretos/SP sob o n. 0001798-36.2013.4.03.6138, cujo escopo também era de liberação da aeronave e a anulação da pena de perdimento a esta aplicada, não prejudica a análise dos presentes autos e nem enseja a suspensão do presente feito.

Com efeito, a jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da admissão da aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (*leasing*), independentemente da boa fé do credor fiduciário ou arrendante. Isto porque os contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil (*leasing*) não são oponíveis ao Fisco (art. 123, do CTN).

Desse modo, perante o Fisco e para a aplicação da pena de perdimento, os contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil (*leasing*) não produzem o efeito de retirar a propriedade do devedor fiduciante ou arrendatário, subordinando o bem à perda como se deles fossem, sem anular os respectivos contratos de alienação fiduciária em garantia ou arrendamento mercantil efetuados entre credor e devedor que haverão de discutir os efeitos dessa perda na esfera civil. Precedentes: REsp n. 1.434.704/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.03.2014; REsp 1.379.870/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.10.2013; AgRg no REsp 1.402.273/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 07.11.2013; REsp n. 1.268.210/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21.02.2013; REsp 1.153.767/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/08/2010; extinto TFR, ACR n. 7.962/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Costa Leite, julgado em 26.04.1988, *in verbis*:

Processual Civil. Tributário. Aduaneiro. Violação ao art. 535, do CPC. Alegações genéricas. Súmula n. 284/STF. Pena de perdimento de veículo objeto de arrendamento mercantil (*leasing*) ou alienação fiduciária. Possibilidade.

1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula n. 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

2. A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da admissão da aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da boa fé do credor fiduciário ou arrendante. Isto porque os contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil (leasing) não são oponíveis ao Fisco (art. 123, do CTN). Desse modo, perante o Fisco e para a aplicação da pena de perdimento, os contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil (leasing) não produzem o efeito de retirar a propriedade do devedor fiduciante ou arrendatário, subordinando o bem à perda como se deles fossem, sem anular os respectivos contratos de alienação fiduciária em garantia ou arrendamento mercantil efetuados entre credor e devedor que haverão de discutir os efeitos dessa perda na esfera civil. Precedentes: REsp n. 1.434.704/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.03.2014; REsp 1.379.870/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.10.2013; AgRg no REsp 1.402.273/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 07.11.2013; REsp n. 1.268.210/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21.02.2013; REsp 1.153.767/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Lhana Calmon, julgado em 17/08/2010; extinto TFR, ACR n. 7.962/SP, Primeira Turma, Rd MM. Costa Leite, julgado em 26.04.1988.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1.572.680/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016)

Como se vê, o Tribunal de origem motivou adequadamente sua decisão e solucionou a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese. Outrossim, não se descortina negativa de prestação jurisdicional, ao tão só argumento de o acórdão recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte.

Frise-se, mais, que a Corte *a quo* não fica obrigada a examinar todos os artigos de lei invocados no recurso, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional, tornando dispensável a análise dos dispositivos que pareçam para a parte significativos, mas que para o julgador, senão irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar. Nesse sentido: *REsp 1.752.136/RN*, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 1º/12/2020.

Passo, a seguir, ao exame da ocorrência, ou não, de interposição fraudulenta a ensejar a pena de perdimento da aeronave.

Cuidam os autos de ação ordinária, proposta por Henrique Duarte Prata e Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial - EIRELI -, visando à anulação da pena de perdimento aplicada à aeronave prefixo PR-DRI-CESSNA, modelo 510, Citation Mustang, S/N 510-0063, motor Pratt&Whitney.

Sustentam os autores, ora recorrentes, em síntese, que: (I) a importação de aeronave sob o regime de arrendamento simples, sem opção de compra, encontra-se dentro do regime jurídico da admissão temporária sem qualquer limitação legal; (II) é incontestável o fato de que todos os tributos incidentes na operação de importação foram recolhidos, evidenciando que, nunca, foi intenção dos Recorrentes causar prejuízo ao erário; (III) restou devidamente demonstrada a boa-fé do importador; (IV) a aplicação da pena de perdimento da aeronave foi desproporcional.

O Decreto 6.759/2009, também denominado Regulamento Aduaneiro, prevê, em seus artigos 353 e 373, a possibilidade de aquisição de aeronave no regime de admissão temporária, no caso de “utilização econômica”, termo definido na norma de regência “como o emprego dos bens na prestação de serviços a terceiros ou na produção de outros bens”. Confirmam-se os dispositivos mencionados:

Art. 353. O regime aduaneiro especial de admissão temporária é o que permite a importação de bens que devam permanecer no País durante prazo fixado, com suspensão total do pagamento de tributos, ou com suspensão parcial, no caso de utilização econômica, na forma e nas condições deste Capítulo.

[...]

Art. 373. Os bens admitidos temporariamente no País para utilização econômica ficam sujeitos ao pagamento dos impostos federais, da contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, proporcionalmente ao seu tempo de permanência no território aduaneiro, nos termos e condições estabelecidos nesta Seção (Lei n. 9.430, de 1996, art. 79; e Lei n. 10.865, de 2004, art. 14).

§ 1º Para os efeitos do disposto nesta Seção, considera-se utilização econômica o emprego dos bens na prestação de serviços a terceiros ou na produção de outros bens destinados a venda.

§ 2º A proporcionalidade a que se refere o caput será obtida pela aplicação do percentual de um por cento, relativamente a cada mês compreendido no prazo de concessão do regime, sobre o montante dos tributos originalmente devidos.

§ 3º O crédito tributário correspondente à parcela dos tributos com suspensão do pagamento deverá ser constituído em termo de responsabilidade.

§ 4º Na hipótese do § 3º, será exigida garantia correspondente ao crédito constituído no termo de responsabilidade, na forma do art. 759, ressalvados os

casos de expressa dispensa, estabelecidos em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

À sua vez, a pena de perdimento de bem, decorrente da infração alcinhada de “interposição fraudulenta”, encontra-se prevista no art. 23, V, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 1.455/76, bem assim no art. 688, XXII, do Decreto 6.759/2009, nos seguintes termos (g.n):

Decreto-Lei n. 1.455/1976.

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

I - importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

II - importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-Lei número 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo Decreto-Lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.

III - trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembarço;

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas “a” e “b” do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-Lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)

VI - (Vide Medida Provisória n. 320, 2006)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a *pena de perdimento das mercadorias*. (Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)

Decreto 6.759/2009

Art. 688. Aplica-se a *pena de perdimento* do veículo nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:

[...]

XXII - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, *na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.*

Consoante se depreende dos dispositivos legais acima transcritos, a interposição fraudulenta é considerada presumida na hipótese de não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados em operação de comércio exterior (cf. art. 23, V, § 2º, do Decreto-Lei 1.455/76).

No âmbito doutrinário, SOLON SEHN explica que a interposição fraudulenta pode veicular a simulação como instrumento de fraude à lei, e a “interposição de pessoas nada mais é que uma simulação subjetiva, que é marcada pela presença de um *testa de ferro* - denominado *presta-nome, homem de palha*, ou, em linguagem mais atual, *laranja* - que adquire, extingue ou modifica direitos para um terceiro oculto” (*Comentários ao regulamento aduaneiro: infrações e penalidades*. São Paulo: Aduaneiras, 2019, p. 107).

De acordo com a jurisprudência do STJ, “*as hipóteses previstas no art. 23 do DL n. 1.455/1976 e no art. 105 do DL n. 37/1966, que permitem a aplicação da pena de perdimento, veiculam presunção de ocorrência de prejuízo à fiscalização e/ou de dano ao erário, a qual pode ser ilidida pelo investigado no decorrer do processo administrativo fiscal*” (*AREsp 600.655/MT*, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 17/2/2017). Nesse sentido:

Tributário. Apreensão de mercadorias. Abandono. Pena de perdimento. Art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976. Presunção *iuris tantum* de prejuízo ao erário. Verificação da proporcionalidade da sanção aplicada. Óbice da Súmula 7/STJ.

1. No caso dos autos, o insurgente aduz que não se pode admitir a aplicação da pena de perdimento de bens quando inexistente o prejuízo ao Erário.

2. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia que lhe foi apresentada, asseverou que “A retenção das mercadorias se justifica em virtude da infração

cominada com a pena de perdimento de bens, qual seja, mercadoria abandonada por mais de 90 dias - art. 23, II do Decreto-Lei n. 1.455/76. Não há prova nos autos de que tenha a autoridade agido de forma irregular ou ilegal. O processo administrativo observou os princípios do contraditório e da ampla defesa”.

3. Consoante entendimento do STJ, “as hipóteses previstas no art. 23 do DL n. 1.455/1976 e no art. 105 do DL n. 37/1966, que permitem a aplicação da pena de perdimento, veiculam presunção de ocorrência de prejuízo à fiscalização e/ou de dano ao erário, a qual pode ser ilidida pelo investigado no decorrer do processo administrativo fiscal.” (AREsp 600.655/MT, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 17/2/2017).

4. No entanto, para verificar eventual existência ou não de prejuízo ao Erário, de modo a aferir a proporcionalidade da pena aplicada, seria necessário proceder à reincursão no contexto fático-probatório dos autos, providência vedada em Recurso Especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial do qual não se conhece.

(REsp 1.702.019/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017)

Na espécie, tira-se dos autos que o recorrente *Henrique Duarte Prata* constituiu, em 2008, a pessoa jurídica *Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial - EIRELI*, com a finalidade de importar a aeronave em questão pelo regime de admissão temporária, com suspensão parcial de pagamento de IPI (cf. fl. 1.081 do apelo raro). Com efeito, a despeito de constar como objeto social da empresa “atividades de consultoria em gestão empresarial”, a operação de táxi aéreo só foi iniciada em 2013, como mesmo informa a parte recorrente à fl. 1.080.

Presente esse contexto, o acórdão regional compreendeu estarem presentes os requisitos para a aplicação da pena de perdimento, com base na *interposição fraudulenta presumida*, invocando como lesivas ao fisco as seguintes condutas: (I) constituição da empresa apenas para possibilitar importação da aeronave ao amparo do regime de admissão temporária; (II) não comprovação da integralização do capital social; (III) não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos provenientes de empréstimos. Outrossim, acrescentou que a parte contribuinte não comprovou o desacerto da conclusão da autoridade administrativa. É o que se depreende do seguinte e esclarecedor excerto do voto condutor (fls. 997/998):

Da análise dos autos, se verifica que o apelante *Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial Ltda.* importou uma aeronave objeto da Declaração

de Importação n. 08/0703750-2, sob o amparo de regime de admissão temporária, tendo sido deflagrado o Procedimento Especial de Fiscalização n. 11131.721127/2012-39, com fiscalização iniciada em 26.08.2011 e onde se concluiu ao final pela caracterização da interposição fraudulenta presumida, em razão da não comprovação da origem, da disponibilidade e da efetiva transferência dos recursos utilizados na importação da aeronave, com proposição de aplicação da pena de perdimento prevista no artigo 23, inciso V, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei 1.455/76 e artigo 11 da IN SRF n. 228/2002, além da apreensão da aeronave e declaração de inaptidão da inscrição do CNPJ da referida empresa, conforme artigo 81, §§ 1º e 4º da Lei n. 9.430/96.

Consta do Relatório Final do mencionado Procedimento Especial de Fiscalização que: "Em razão da não comprovação da origem, da disponibilidade e da efetiva transferência dos recursos utilizados na importação da aeronave objeto da DI n 08/0703750-2 registrada pela *Mustang Prata*, caracterizando a interposição fraudulenta presumida, propõe-se que seja aplicada a pena de perdimento prevista no Decreto-Lei 1.455/76, art. 23, inciso V, parágrafos 1 e 2; e IN SRF n. 228 de 2002, art. 11. Considerando que a aeronave acima mencionada encontra-se no Aeroporto de Barretos-SP (Doc. 18 e 62), solicitamos o encaminhamento do presente processo à unidade aduaneira jurisdicionante do local em que se encontra a aeronave, para que seja realizada a apreensão da aeronave e tomadas as demais providências cabíveis, ocasião em que será dada ciência à *Mustang* do presente relatório e respectivos anexos. Propõe-se, ainda, a declaração de inaptidão da inscrição do CNPJ da empresa *Mustang Prata*, CNPJ n 07.343.324/0001-71, considerando a interposição fraudulenta presumida de terceiros, pela não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de comércio exterior, conforme prevê o art. 81, § 1º e § 4 da Lei n. 9.430, de 1996. E, para constar e surtir os devidos efeitos legais, lavramos o presente Relatório, assinado por Auditoras-Fiscais da Receita Federal do Brasil, cuja ciência e entrega de cópia ao sujeito passivo, juntamente com uma mídia eletrônica contendo arquivo com os documentos anexos ao processo digital n. 11131.721127/2012-39, será efetuada quando do momento da apreensão da aeronave." (fls. 36/67).

Com efeito, observa-se que no decorrer do procedimento de fiscalização, a mencionada apelante teve a oportunidade de apresentar documentos comprobatórios da importação regular da aeronave referente à Declaração de Importação - DI n. 08/0703750-2 e dos custos de transporte da aeronave do país de procedência até o local de chegada no país, quando de seu ingresso no território nacional, mas ficou-se inerte. Constatou-se então que a empresa não funcionava no endereço informado à Receita Federal do Brasil, bem como que a empresa nunca operou e não opera, uma vez que não possui clientes e nem auferiu receitas desde a sua constituição. O Sr. Henrique Duarte Prata, também apelante e sócio da referida empresa, trouxe informações e documentos que, de fato, não demonstraram o efetivo funcionamento da referida empresa,

que jamais realizou qualquer atividade para atingimento do seu objeto social, bem como a condição da empresa Mustang de real adquirente da aeronave importada, restando demonstrado, por outro lado, que a aeronave é utilizada para o seu deslocamento enquanto administrador do Hospital de Câncer de Barretos. Observa-se, ainda, que não restou comprovada a origem lícita, da disponibilidade e da efetiva transferência dos recursos necessários à prática de operações em comércio exterior.

No tocante à constituição da empresa, verifica-se que foi efetuada diligência no endereço da sede da empresa *Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial Ltda.* em Fortaleza/CE, onde foi constatado que o imóvel estava fechado, não tendo sido apresentado nenhum documento que comprovasse o funcionamento da empresa naquele local, tendo a própria empresa admitido que aquele endereço não estava sendo utilizado, uma vez que a aeronave encontra-se em Barretos/SP. Constatou-se que a única operação no comércio exterior da mencionada empresa foi a importação da aeronave no regime de admissão temporária e que essa aeronave desde a celebração do contrato de arrendamento ficaria baseada no Aeroporto de Congonhas/SP e que jamais auferiu nenhuma receita, já que nunca prestou nenhum serviço para o qual foi constituída. Em relação à integralização do capital social, observa-se que isso só ocorre com a apresentação de documentos comprobatórios da efetiva entrega pelos sócios à empresa do valor integralizado em datas compatíveis com a alegada integralização e da origem dos recursos utilizados pelos sócios para essa integralização, o que não restou demonstrado. Ademais, evidenciase a não comprovação da origem, efetiva transferência e a disponibilidade dos recursos da empresa *Mustang*, já que não foi apresentada documentação hábil e idônea que comprovasse a capacidade financeira dos alegados supridores Marcelo Semeguini e Vicente Vieira, tampouco foi demonstrada a efetiva entrega do numerário pelos supridores Marcelo Semeguini, Vicente Vieira e Águia Azul à *Mustang*, considerando evidenciado apenas os suprimentos do Sr. Henrique Duarte Prata, presumidamente com recursos distribuídos do Hospital Barretos.

Desse modo, as irregularidades constatadas, quais sejam, constituição da empresa apenas para possibilitar importação da aeronave ao amparo do regime de admissão temporária; não comprovação da integralização do capital social; não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos provenientes de empréstimos, restaram devidamente comprovadas, não tendo as apelantes demonstrado o desacerto da conclusão da autoridade administrativa, o que fez perenizar a presunção de veracidade e legitimidade que resulta do auto de infração decorrente do Procedimento Especial de Fiscalização.

Conforme deixou bem assinalado o juízo a quo: “Quando da análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, conclui pelo indicativo de má-fé do importador, constituído como pessoa interposta de outrem, real importador. Desse modo, caberiam aos coautores comprova que agiram de boa-fé. Os elementos trazidos nos autos não infirmam essa minha conclusão, por isso adoto

os mesmos fundamentos anteriores, aos quais acrescento algumas linhas mais. Pela leitura dos autos, em especial do auto de infração de fls. 36/64 (relatório final de procedimento fiscal), concludo, nesse agora em juízo de cognição exauriente, que a sociedade empresária *Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial Ltda* fora constituída com o fito exclusivo de importar a aeronave prefixo PR-DRI - CESSNA, modelo 510, Citation Mustang, S/N 510-0063, motor Pratt&Whitney, pelo regime de admissão temporária, com suspensão parcial de pagamento de IPI (imposto sobre produtos industrializados). Não haveria, portanto, prestação de serviço, seu objeto social, como ficou demonstrado durante a fiscalização tributária, eis que não funcionava na suposta sede nem contratou com nenhum cliente, tampouco recolheu tributos incidentes sobre a receita ou faturamento (não auferiu quaisquer dessas riquezas) ou sobre a renda (exceto aqueles decorrentes de retenção na fonte). Os próprios coautores admitem, ainda que implicitamente, fls. 710/711, que a sociedade empresária foi constituída para possibilitar a importação da aeronave aqui tantas vezes descrita, conforme trecho de petição acostada aos autos: “de fato, a empresa Mustang Prata Consultoria em Gestão foi criada especialmente para possibilitar a importação da aeronave, para fins de operar como táxi aéreo e, paralelamente, ser utilizada nas atividades do co-autor Henrique Duarte Prata enquanto pecuarista e Presidente da Fundação Pio XII Hospital do Câncer de Barretos...” Percebe-se, sem margem de dúvida, que o Sr. Henrique Duarte Prata, impossibilitado de importar, enquanto pessoa natural, uma aeronave a ser utilizada nas suas atividades diárias, constituiu uma sociedade empresária com esse desiderato. Ao fim e ao cabo, ele criou uma sociedade empresária, integrando seu quadro social, para prestar serviços tão somente a ele próprio, para servi-lo como pecuarista e presidente da Fundação Pio XII. Essa peculiaridade, associada às demais irregularidades descritas pela Receita Federal e apontadas na contestação, afasta a idoneidade da importação da aeronave Cessna, e descaracteriza a boa-fé alegada na petição inicial, ao contrário, comprova a má-fé. Por conseguinte, tem-se a higidez do ato administrativo que culminou na decretação da pena de perdimento daquele mesmo bem. Vejamos: (i) A coautora Mustang Prata tem sede em Fortaleza, mas não funciona no endereço informado, nem indicou outro onde desempenharia as suas atividades; (ii) Não tem condições de comprovar a integralização do seu capital, nem a origem dos recursos destinados ao pagamento da aeronave; (iii) As receitas por ela informadas para pagar as parcelas da aeronave são decorrentes de empréstimos cuja efetiva origem, disponibilidade e transferência também não foram comprovados; (iv) Os empréstimos que a coautora Mustang Prata tomou foram dados por Marcelo Semeghini, Vicente Vieira e Águia Azul Empreendimentos Imobiliários e Eventos Ltda., empresa da qual os dois primeiros são sócios; (v) A coautora não pagou os empréstimos aos mutuantes; (vi) A aeronave teria sido adquirida para prestar serviços de táxi aéreo, mas somente transportou o coautor Henrique Duarte Prata, o que comprovou a sua constituição para importar a aeronave, exclusivamente; (vii) Nunca emitiu uma nota fiscal pelo serviço de táxi aéreo, o que não se mostra razoável, se fora constituído com essa finalidade. Têm-

se situações diversas que não autorizam afirmar a existência de boa-fé na importação, porquanto pouco transparentes as condições de criação e funcionamento da sociedade empresária Mustang Prata. Como também afirmei na decisão que deferiu em parte os efeitos da tutela, tendo a sede da sociedade empresária na cidade de Fortaleza/CE, a citada aeronave sempre ficava guardada na cidade de Barretos, onde o sócio majoritário tem domicílio, o que está a evidenciar que o uso era exclusivo dele. É um indicativo de constituição de sociedade empresária com o fim específico de servir a um dos seus sócios, sem dedicar-se ao seu objeto social, diferente do que se espera de qualquer outra pessoa jurídica. Há, repito, ainda, fundadas dúvidas quanto à integralização do capital social da sociedade empresária, mormente no que tange à origem dos recursos, não devidamente comprovada pelo sócio que detém a maioria das quotas. Essa situação revela, e a mim ficou bastante claro como estou a dizer aqui, que a constituição da sociedade empresária dera-se exclusivamente para a importação por ela, por meio de arrendamento operacional, da aeronave com as especificações supra, a ser utilizada única e exclusivamente em proveito do sócio Sr. Henrique Duarte Prata. Os próprios autores, mais de uma vez, admitiram que não seria possível, pelo regime de tributação eleito, a importação da aeronave por pessoa natural. Trata-se, portanto, de ocultação do real sujeito passivo, por meio de interposição fraudulenta, vedada pelo art. 23, V, do Decreto-Lei n. 1.455/76, com sujeição à pena de perdimento do bem importado nessas condições. Pode-se dizer que houve má-fé do comprador, o que também autorizaria a aplicação da referida penalidade. Digo que houve porque o regime de admissão temporária, com redução ou diferimento do IPI, presta-se a situações em que o bem importado ficará por prazo certo no território brasileiro, com vistas à prestação de serviço ou à sua utilização econômica. No caso dos autos, não houve prestação de serviço pela empresa Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial Ltda., que, durante todo o período de existência (inclusive ainda existe, embora em curso processo administrativo para inaptação), não celebrou nenhum contrato dessa natureza. Do mesmo modo, a aeronave não é utilizada no processo econômico, a exemplo do que se dá na importação de moldes de determinado produto, utilizado na fabricação de outro. Por mais que seja relevante o seu uso, este refoge por completo ao fim precípua do regime aduaneiro utilizado. Além disso, se fosse o bem importado por pessoa natural, sequer se autorizaria a utilização da admissão temporária na importação do bem, por meio de arrendamento operacional, salvo se para a prestação de serviço, não ocorrida no caso dos autos. Quanto à prova da inexistência de prejuízo, como corolário da boa-fé dos autores, cabe-lhes tal prova, especialmente porque a pessoa do Sr. Henrique Duarte Prata, se ele mesmo importasse a aeronave, deveria fazê-lo por meio de importação comum, com o recolhimento de todos os tributos, sem qualquer redução ou diferimento. Nessa situação, o prejuízo à União mostra-se mais do que evidente, pois fora recolhido tributo em montante inferior ao devido, falando-se exclusivamente no aspecto econômico-financeiro, sem se ater à existência de eventual simulação. De toda forma, mais do que material, houve

prejuízo à União, posto utilizado, na importação, de interposta pessoa. Pois bem, se não houve má-fé do real sujeito passivo, cabe-lhe, diante da situação posta nos autos, fazer prova nesse sentido, comprovando que não existiu redução do tributo devido e que possuía recursos suficientes para aquisição da aeronave, tendo se valido daquele expediente somente para realização do arrendamento operacional em condições que não seriam franqueadas às pessoas naturais, no tocante ao prazo para pagamento das parcelas e ao próprio contrato em si, eis que é comum, especialmente no que atine a sociedades empresárias situadas fora do estado brasileiro não realizar esse tipo de operação com pessoas físicas. Friso, contudo, que também há vedação de arrendamento operacional para situações que não sejam a prestação de serviço ou utilização econômica do bem importado sob o regime de admissão temporário. Sei que não se comprova, por regra, a boa-fé, mas, uma vez sinalizada a má-fé (falo assim em razão do início do processo e da cognição sumária própria desse momento processual), e no caso dos autos há elementos fortes nesse sentido, é dever do contribuinte provar, sim, que agiu segundo parâmetros da boa-fé, objetiva e/ou subjetiva. Não houve, contudo, essa prova nos autos, ao contrário, todos os elementos descritos no auto de infração lavrado e nas páginas 2 e 3 da contestação, fls. 673 (verso) e 674 dos autos, indicam a inexistência de boa-fé na importação, a autorizar a decretação do perdimento da aeronave. Mostra-se, portanto, hígido o ato administrativo, na integralidade, não sendo hipótese de se relevar a pena de perdimento, porquanto a hipótese dos autos não autoriza esse favor.”

Ressalte-se que os apelantes, em suas razões de apelação, confirmam que a importadora da aeronave é a empresa Mustang Prata, a qual foi criada especialmente para possibilitar tal importação para fins de operar como Táxi Aéreo, mas que a atividade de taxiamento ainda não havia sido implementada até a data da fiscalização, ou seja, não afastam a tese de que a empresa foi constituída apenas para possibilitar importação da aeronave ao amparo do regime de admissão temporária.

Afirmam, ainda, que não há que se falar em qualquer prejuízo ao erário quando, na verdade, os impostos foram recolhidos e a suspensão do IPI foi objeto de Termo de Responsabilidade por Fiança.

Contudo, consoante entendimento do STJ, “as hipóteses previstas no art. 23 do DL n. 1.455/1976 e no art. 105 do DL n. 37/1966, que permitem a aplicação da pena de perdimento, veiculam presunção de ocorrência de prejuízo à fiscalização e/ou de dano ao erário, a qual pode ser ilidida pelo investigado no decorrer do processo administrativo fiscal.” (AREsp 600.655/MT, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 17/2/2017), *in verbis*:

[...]

Desse modo, as alegações trazidas no recurso de apelação não são capazes de infirmar o quanto decidido pelo juízo *a quo*.

No que concerne à pena de perdimento decorrente da interposição fraudulenta com ocultação do real adquirente, cumpre transcrever o art. 23, V e §§ 1º e 2º do Decreto-Lei n. 1.455/76:

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com pena de perdimento das mercadorias.

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

Do acima exposto, verifica-se que restou caracterizada a situação de simulação suficiente para a aplicação do art. 23, V, e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 1.455/76, a possibilitar a aplicação da pena de perdimento.

Por meio desses contornos fáticos, soberanamente delineados pela instância ordinária, verifica-se que a pessoa física *Henrique Duarte Prata* constituiu a empresa *Mustang Prata Consultoria em Gestão Empresarial Ltda.*, com a alegada finalidade estatutária de prestar serviços de táxi aéreo, sendo certo, no entanto, que a criação de tal pessoa jurídica se prestou ao tão só propósito de que ela figurasse como a virtual importadora de uma aeronave, em regime de arrendamento e com benefício fiscal (suspensão do recolhimento de parte do IPI), sendo incontroverso que dita célula empresarial nunca chegou a funcionar efetivamente, jamais tendo prestado serviços de táxi aéreo. De outro giro, não se comprovou nem mesmo a integralização de seu capital social e, por conseguinte, a origem dos recursos com que pagou pelo arrendamento da aeronave. A somatória desses todos elementos levou à caracterização da denominada *interposição fraudulenta*, legitimando a imposição, pelo Fisco, da *pena de perdimento*.

Por estar em conformidade com esse entendimento, não merece reparos o acórdão recorrido.

Por derradeiro, oportuno registrar que a relevação da pena de perdimento constante dos arts. 736 e 737 do Decreto 6.759/2009 só tem lugar quando

não tenha havido falta ou insuficiência de recolhimento de tributos federais, hipótese à qual *não* se afeiçoa o caso dos autos, considerando que houve suspensão (com pagamento a menor) do respectivo IPI. Confira-se, a propósito, o teor de referidos dispositivos (g.n.):

Decreto 6.759/2009

Da relevação de penalidades

Art. 736. O Ministro de Estado da Fazenda, em despacho fundamentado, poderá relevar penalidades relativas a infrações de que *não tenha resultado falta ou insuficiência de recolhimento de tributos federais*, atendendo (Decreto-Lei n. 1.042, de 21 de outubro de 1969, art. 4º, caput):

I - a erro ou a ignorância escusável do infrator, quanto à matéria de fato; ou

II - a equidade, em relação às características pessoais ou materiais do caso, inclusive ausência de intuito doloso.

§ 1º A relevação da penalidade poderá ser condicionada à correção prévia das irregularidades que tenham dado origem ao processo fiscal (Decreto-Lei n. 1.042, de 1969, art. 4º, § 1º).

§ 2º O Ministro de Estado da Fazenda poderá delegar a competência que este artigo lhe atribui (Decreto-Lei n. 1.042, de 1969, art. 4º, § 2º).

Art. 737. A pena de perdimento decorrente de infração de que *não tenha resultado falta ou insuficiência de recolhimento de tributos federais* poderá ser *relevada* com base no disposto no art. 736, mediante a aplicação da multa referida no art. 712 (Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001, art. 67).

§ 1º A relevação não poderá ser deferida:

I - mais de uma vez para a mesma mercadoria; e

II - depois da destinação da respectiva mercadoria.

§ 2º A aplicação da multa a que se refere este artigo não prejudica:

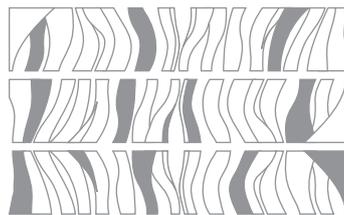
I - a exigência dos tributos, de outras penalidades e dos acréscimos legais cabíveis para a regularização da mercadoria no País; ou

II - a exigência da multa a que se refere o art. 709, para a reexportação de mercadoria submetida ao regime de admissão temporária, quando sujeita a licença de importação vedada ou suspensa.

§ 3º A entrega da mercadoria ao importador, na hipótese deste artigo, está condicionada à comprovação do pagamento da multa e ao cumprimento das formalidades exigidas para o respectivo despacho de importação, sem prejuízo do atendimento das normas de controle administrativo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



Segunda Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.471.958-RS (2019/0079803-9)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Agravante: Avon Cosméticos Ltda

Advogados: Luiz Paulo Romano - DF014303

Luiz Roberto Peroba Barbosa - SP130824

Airton Bombardeli Riella - RS066012

Andre Torres dos Santos - DF035161

Thiago Notari Bertoncetto - RS097586

Renato Henrique Caumo - SP256666

Nayanni Enelly Vieira Jorge e outro(s) - DF056237

Agravado: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Anastazia Nicolini Cordella - RS027848

Procuradora: Marcia Regina Lusa Cadore e outro(s) - RS029266

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Agravo em recurso especial. Decadência. Pagamento a menor, em decorrência de dimensionamento incorreto do crédito tributário. Creditamento indevido e diferencial de alíquotas. Art. 150, § 4º, do CTN. Precedentes do STJ. Agravo em recurso especial conhecido, para conhecer, em parte, do recurso especial, e, nessa extensão, dar-lhe provimento.

I. Agravo em Recurso Especial interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se Embargos à Execução Fiscal, objetivando, no que remanesce no presente Recurso Especial, o reconhecimento da decadência do crédito tributário, no período anterior a novembro de 2005, quanto aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2005, considerando a notificação fiscal ocorrida em novembro de 2010. O Juízo singular julgou improcedentes os pedidos, consignando, em relação à decadência, que, em se tratando de “imposto não pago”, aplicar-se-ia o disposto no art. 173 do CTN, de modo que “o termo inicial da contagem dos cinco anos iniciou-se em 01.01.2006”, sendo

a notificação fiscal de 05/11/2010. O Tribunal *a quo*, mantendo a sentença, negou provimento à Apelação.

III. O termo inicial do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação – como é o caso, em regra, do ICMS –, depende da circunstância de ter o contribuinte antecipado, ou não, o pagamento da exação. Com efeito, nos termos da Súmula 555 do STJ, “quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” (*Primeira Seção*, DJe de 15/12/2015). Ou seja, não antecipado o pagamento, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento. Por outro lado, antecipado o pagamento do tributo, o prazo decadencial observa o art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, desde a ocorrência do fato gerador inicia-se o prazo decadencial para o lançamento suplementar, sob pena de homologação tácita do lançamento. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.817.191/RS, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe de 24/04/2020; AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 24/10/2018.

IV. Na espécie, o Tribunal de origem, acolhendo, na íntegra, os fundamentos da sentença, ao consignar que “a hipótese dos autos versa sobre imposto não informado, isto é, imposto não pago”, assentou que o prazo decadencial observaria o disposto no art. 173, I, do CTN. Não obstante, em seguida, a Corte *a quo* asseverou que houve “*diferença apurada pelo Fisco* no procedimento fiscal que culminou com o Auto de Lançamento número 18732690”, concluindo que “a CDA em execução fiscal refere-se a imposto não informado, porque objetiva o pagamento da diferença entre o que foi então declarado e pago e o que não foi nem declarado e nem pago”. Como se nota, o “imposto não pago” a que se refere o acórdão recorrido é, na verdade, a diferença a menor entre o que foi pago pelo contribuinte e o que foi apurado, posteriormente, no lançamento complementar, pelo Fisco, em decorrência do creditamento integral, realizado pelo contribuinte, e do diferencial de alíquotas.

V. Em casos tais, o prazo decadencial rege-se pelo art. 150, § 4º, do CTN, tendo início na data da ocorrência do fato gerador. “Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despiciendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN” (STJ, AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe de 07/11/2011). Em idêntico sentido: STJ, AgInt no REsp 1.774.844/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 12/09/2019; AgInt no AREsp 794.369/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, DJe de 24/05/2019; AgInt no AREsp 1.425.553/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 14/05/2019; AgInt no REsp 1.842.061/SP, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, DJe de 18/12/2019.

VI. No caso, não há, nos autos, qualquer imputação de prática, pela contribuinte, de ato doloso, fraudulento ou simulado, que poderia afastar a regra de decadência do art. 150, § 4º, do CTN.

VII. Ocorridos os fatos geradores de janeiro a outubro de 2005, tendo sido a contribuinte intimada da notificação fiscal em 05/11/2010, incide a decadência.

VIII. Não há incidência, no caso, da Súmula 7/STJ, porquanto cuidam os autos de questão exclusivamente de direito, a saber: se, na hipótese de lançamento suplementar de ICMS, em decorrência de dimensionamento incorreto do crédito tributário (creditamento a maior e diferencial de alíquotas), deve ser aplicado o art. 150, § 4º, ou o art. 173, I, do CTN. Trata-se de dar adequada qualificação jurídica à premissa fática posta no acórdão recorrido, à luz da jurisprudência do

STJ. Nesse sentido, no julgamento de hipótese análoga: STJ, AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 24/10/2018.

IX. Agravo conhecido, para conhecer, em parte, do Recurso Especial, e, nessa extensão, dar-lhe provimento, para reconhecer a decadência do crédito tributário, relativamente às competências anteriores a novembro de 2005, referentes aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2005. Prejudicadas as demais questões veiculadas no Recurso Especial, em razão do acordo firmado entre as partes, na correspondente Execução Fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). Andre Torres dos Santos, pela parte agravante: Avon Cosméticos Ltda

Dr(a). Luís Carlos Kothe Hagemann, pela parte agravada: Estado do Rio Grande do Sul

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 24.5.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto por *Avon Cosméticos Ltda*, contra decisão do Tribunal Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

*Apelação cível. Embargos à execução fiscal. ICMS. Sentença citra petita. Não configurada. Nulidade da CDA. Não caracterizada. Lançamento realizado a partir de auditoria fiscal dos arquivos magnéticos fornecidos pela embargante. **Decadência. Inexistência.** Creditamento integral. Impossibilidade. Base de cálculo reduzida do ICMS. Violação à não cumulatividade não caracterizada. Multa. Reclassificação. Impossibilidade. Infração básica. Tributo não informado. Cumulação de juros moratórios. Possibilidade. Consectários de natureza e finalidade distintas. Honorários advocatícios fixados no patamar mínimos, conforme os ditames do CPC. Redução. Impossibilidade. Precedentes do STF e deste Tribunal. Negado provimento ao recurso (fl. 502e).*

Opostos Embargos de Declaração, pela ora recorrente (fls. 530/531e), foram eles rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Prequestionamento. Desnecessidade do enfrentamento de cada um dos dispositivos constitucionais e legais referidos pela parte embargante, sobretudo quando não têm aptidão para infirmar as conclusões exaradas no acórdão embargado. Os embargos de declaração não se prestam à rediscussão da causa. São recursos de integração e não de substituição. Embargos de declaração desacolhidos (fls. 579e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a parte recorrente aponta, além do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 1.022, II, do CPC/2015, 150, § 4º, 173, I, e 202 do CTN e 155, § 2º, II, da Constituição Federal.

A propósito da negativa de prestação jurisdicional, sustenta que, “ao desacolher os Embargos de Declaração opostos pela Recorrente, deixou de analisar, ventilar e debater sobre normas legais invocadas” (fl. 651e).

Reputa ilíquida a CDA, ante a suposta nulidade da autuação fiscal, na qual “as D. Autoridades Fiscais deixaram de descrever, detalhadamente, as operações em períodos mensais e, dessa forma, presumiram a irregularidade de diversas operações não analisadas ‘em função da quantidade de operações envolvidas’” (fl. 642e).

Sobre a decadência, esclarece que “foi intimada com relação à autuação fiscal que deu origem à Execução Fiscal que se busca desconstituir em novembro de 2010 e que a referida autuação visou (...) cobrar supostos débitos referentes aos meses de janeiro de 2005 a agosto de 2007” (fl. 643e), de maneira que *parte da dívida, relativa aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2005, já havia sido extinta pela decadência, na forma do art. 150, § 4º, do CTN.* Sustenta que

“o Auto de Infração que deu origem à Execução Fiscal ora embargada *não* imputa à ora Recorrente qualquer acusação atinente à prática de atos dolosos, fraudulentos, ou simulados, não havendo, portanto, razões para que o prazo decadencial seja contado pela regra disposta no artigo 173, inciso I, do CTN” (fl. 643e). Frisa que, “em razão das diversas operações que realizou naqueles anos, efetuou pagamentos de ICMS no aludido período (fls. 130/162), constatando-se o chamado ‘princípio de pagamento’ que também afasta a aplicação do prazo do artigo 173, do CTN” (fl. 644e). E conclui que “não tem razão o V. Acórdão recorrido ao concluir que ‘a hipótese dos autos versa sobre imposto não informado, isto é, imposto não pago’. Inclusive, *o próprio V. Acórdão recorrido faz observação sobre ‘a diferença apurada pelo Fisco no procedimento fiscal’ (...)*. Ora, se a Fazenda Estadual está procedendo à cobrança de diferença, é porque parte dos débitos de ICMS foram efetivamente recolhidos” (fl. 646e).

No mais, defende (i) a existência do direito à manutenção da integralidade dos créditos decorrentes da operação interestadual imediatamente anterior às vendas internas no Estado do Rio Grande do Sul; (ii) a necessidade de reclassificação da multa; e (iii) o afastamento da incidência de juros sobre as penalidades.

Por fim, requer:

80. Considerando os argumentos acima expostos, a Recorrente requer a esse E. STJ que dê **integral provimento** ao presente Recurso Especial, para, em preliminar, reconhecer a nulidade do V. Acórdão de fls. 475/479 em razão da violação ao *artigo 1.022, inciso II, do NCPC*, pois, ao desacolher os Embargos de Declaração opostos pela Recorrente, deixou de analisar, ventilar e debater sobre normas legais invocadas.

81. Caso assim não entendam Vossas Excelências, o que se admite apenas a título argumentativo, a Recorrente requer seja dado **integral provimento** ao presente Recurso Especial *para que seja reconhecida a decadência parcial dos débitos de ICMS anteriores a outubro de 2015*.

82. Por fim, se não for esse o entendimento de V. Excelências, a Recorrente requer seja dado **integral provimento** ao presente recurso de Apelação, para *reformular integralmente os VV. Acórdãos recorridos* e, assim, sejam declarados improcedentes os débitos objeto da respectiva Execução Fiscal, que deverá ser extinta, com a desconstituição da CDA respectiva, em razão de sua ilegalidade e inconstitucionalidade (fl. 651/652e).

Contrarrazões a fls. 660/684e.

À inadmissão do Recurso Especial, pelo Tribunal de origem (fls. 824/825e), seguiu-se a interposição do presente Agravo (fls. 884/903e).

Contraminuta a fls. 922/926e.

O *Estado do Rio Grande do Sul* noticiou acordo com a contribuinte, remanescendo, no Recurso Especial, apenas a decisão sobre eventual decadência do direito de o Fisco lançar, quanto aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2005:

O ente público e a Avon Cosméticos Ltda celebraram termo de acordo para pagamento de débitos de ICMS que têm como matéria de fundo o Tema RG 299/STF. O referido acordo contempla a execução fiscal (001/1.14.0024109-0) e os embargos de devedor (001/1.14.0241023-0) subjacentes ao presente agravo em recurso especial. Convém referir que idêntica manifestação foi feita no AREsp 1.030.321/RS, processo que também é de relatoria de Vossa Excelência, porque os débitos daquele e deste processo foram objeto do mesmo termo de acordo.

A Cláusula 1.2 do acordo dispõe sobre o reconhecimento dos débitos pela empresa, da seguinte forma:

A assinatura deste acordo implica o reconhecimento pela Contribuinte da existência dos débitos, bem como a renúncia ao seu direito de a eles opor-se, seja administrativa ou judicialmente, ressalvada a eventual decadência judicialmente pronunciada, referida na Cláusula '3', abrangendo os honorários advocatícios sucumbenciais relacionados às execuções fiscais e embargos à execução.

Sem adentrar a discussão processual pendente de análise, destaca-se que os tópicos referentes à nulidade da CDA encontram-se prejudicados.

Note-se que, ao reconhecer a existência dos débitos e renunciar seu direito de a eles se opor, a empresa naturalmente admite a higidez do processo de constituição do crédito tributário e das CDAs lavradas enquanto títulos executivos.

Portanto, na apreciação do agravo em recurso especial interposto pela parte adversa, é oportuno que se tenha presente que, dentre os temas elencados pela agravante, a discussão remanescente no recurso especial diz respeito apenas à suposta decadência (fl. 941/942e).

A agravante, por sua vez, ratificou as informações prestadas pelo agravado, esclarecendo que remanesce o seu interesse recursal apenas quanto à decadência do direito de constituição do crédito tributário objeto da Execução Fiscal:

1. *Conforme informado pelo Estado do Rio Grande do Sul às fls. 941 (e-STJ), a Requerente, de fato, celebrou Termo de Acordo visando à quitação dos débitos*

de ICMS, objeto de discussão nestes autos, relativos à discussão quanto ao aproveitamento integral de créditos do ICMS pago na operação antecedente em hipóteses de redução parcial da base de cálculo na operação subsequente, tendo em vista o julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.688, sob a sistemática da repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal.

2. *Com fundamento no aludido acordo, a Requerente renunciou seu direito de discutir judicialmente os débitos de ICMS e acréscimos legais inscritos na Dívida Ativa n. 960187383 e 967373360, compreendidos pela Execução Fiscal n. 001/1.14.0024109-0, ressaltando seu direito de persistir na discussão judicial relativamente aos débitos atingidos pela decadência.*

3. *Assim, nestes autos, subsiste interesse recursal no que se refere ao tópico da decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos débitos objeto da Execução Fiscal n. 001/1.14.0024109-0 (fl. 951/952e).*

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): De início, tendo em vista as petições de fls. 941/944e e 951/955e, noticiando a celebração de acordo entre as partes, dou por prejudicado o Recurso Especial, na extensão ali informada. Remanesce pendente de apreciação judicial, portanto, apenas a questão atinente à decadência do direito de constituição do crédito tributário no período anterior a novembro de 2005, relativamente aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2005 (fl. 6e), porquanto fora a embargante, ora recorrente, intimada da autuação em novembro de 2010, sustentando ela aplicar-se, no caso, quanto a decadência, o art. 150, § 4º, do CTN.

Preliminarmente, afasto a incidência do óbice da Súmula 7/STJ, suscitada nas contrarrazões, a fl. 666e, e na petição de fls. 941/944e, pois, como demonstrado a seguir, cuidam os autos de questão exclusivamente de direito, a saber: se, na hipótese de lançamento suplementar de ICMS, em decorrência de dimensionamento incorreto do crédito tributário (creditamento a maior e diferencial de alíquotas), deve ser aplicado o art. 150, § 4º, ou o art. 173, I, do CTN. Trata-se de dar adequada qualificação jurídica à premissa fática posta no acórdão recorrido, à luz da jurisprudência do STJ, entre vários precedentes, no sentido de que “o prazo decadencial para o *lançamento suplementar* de tributo sujeito a homologação recolhido a menor em face de *creditamento indevido* é de cinco anos contados do fato gerador, conforme a regra prevista no art. 150, § 4º,

do CTN” (STJ, AgRg no REsp 1.318.020/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, DJe de 27/08/2013). De igual modo, afastando-se, em hipótese análoga a incidência da Súmula 7/STJ: AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe de 24/10/2018.

Na origem, *Avon Cosméticos Ltda* opôs Embargos à Execução Fiscal que lhe move o *Estado do Rio Grande do Sul*, objetivando, no que importa ao que remanesceu no presente recurso, o reconhecimento da decadência do crédito tributário, no período anterior a novembro de 2005, quanto aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2005, considerando a notificação fiscal ocorrida em novembro de 2010 (fl. 6e).

O Juízo singular julgou improcedentes os pedidos (fls. 347/371e), consignando, em relação à decadência, que, em se tratando de “imposto não pago” (fl. 355e), aplicar-se-ia o disposto no art. 173 do CTN, de modo que “o termo inicial da contagem dos cinco anos iniciou-se em 01.01.2006”, sendo a notificação fiscal de 05/11/2010 (fl. 356e).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantendo a sentença, negou provimento à Apelação, nos seguintes termos:

A sentença da lavra da eminente Juíza de Direito *Alessandra Abrão Bertoluci* merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos, na medida em que abordou exaustivamente as questões suscitadas, enfrentando sobrada vantagem todas as questões deduzidas, com as quais ainda insiste a apelante, na esteira da jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça.

(...)

Entretanto, a essas considerações já se estaria adentrando ao exame do mérito propriamente dito, o que, entendendo, culminaria em inoportuna tautologia, razão pela qual vão adotados os fundamentos da sentença como suporte para o juízo do não provimento do recurso, *in verbis*:

Passo a decidir.

Inicialmente, é de ser enfatizado que cabe julgamento do feito no estado em que se encontra, a teor do art. 330, inciso I, do CPC.

1) Preliminares processuais

(...)

2) Decadência

No tema em comento algumas premissas deve ser estabelecidas.

Na decadência o prazo começa a correr desde o momento em que o direito nasce e, em Direito Tributário, o marco para a análise da decadência começa quando da ocorrência do fato gerador e termina com a constituição definitiva do crédito tributário, isto é, com o lançamento.

Pois bem, existem três tipos de lançamento: de ofício, por declaração ou por homologação.

Hugo de Brito Machado assim os conceitua:

Diz-se lançamento de ofício quando é feito por iniciativa da autoridade administrativa, independentemente de qualquer colaboração do sujeito passivo.

Qualquer tributo pode ser lançado de ofício, desde que não tenha sido lançado regularmente na outra modalidade.

Por declaração é o lançamento feito em face de declaração fornecida pelo contribuinte ou por terceiro, quando um ou outro presta à autoridade administrativa informações quanto à matéria de fato indispensável à sua efetivação (CTN, art. 147). Exemplo de tributo cujo lançamento é feito por esta modalidade é o Imposto de Renda.

Por homologação é o lançamento feito quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, no que concerne à sua determinação. Opera-se pelo ato em que a autoridade, tomando conhecimento da determinação feita pelo sujeito passivo, expressamente a homologa (CTN, art. 150). Decorrido o prazo de 5 anos da ocorrência do fato gerador, sem qualquer manifestação da Administração, homologado está o lançamento e extinto o crédito tributário, salvo se comprovada, nos termos do parágrafo 4º do art. 150, do CTN, o dolo, a fraude ou a simulação.

Os prazos decadenciais encontram-se, portanto, nos arts. 173 e 150 do CTN, sendo o primeiro aplicado às hipóteses de lançamento de ofício e de imposto não informado ante a necessidade do Fisco de estabelecer procedimento de fiscalização, e o segundo aos lançamentos por homologação e aos impostos informados em atraso.

A hipótese do autos versa sobre imposto não informado, isto é, imposto não pago e o procedimento fiscal iniciou-se tomando como ponto de partida a própria consulta realizada pela embargante, junto à SEFAZ/RS, e a solução a ela dada, em novembro de 2007, e, ainda, os dados do contribuinte, ora embargante, sendo a diferença apurada pelo Fisco no procedimento fiscal que culminou com o Auto de Lançamento número. 18732690, sobre o qual a embargante foi notificada em 05.11.2010, daí porque o dispositivo legal a ser aplicado, para análise da ocorrência da decadência, é o do art. 173, do CTN.

Cuida-se de lançamento de ofício, pois em relação aos valores não recolhidos aos cofres do Estado, único fato objeto do procedimento fiscal de autuação que culminou com os autos de lançamento em questão, sequer chegou a ocorrer o lançamento por homologação.

Assim, especificamente ao período compreendido entre 01.01.2005 até 31.10.2005, o termo inicial da contagem dos cinco anos iniciou-se em 01.01.2006 e como a notificação ocorreu em 05.11.2010, afasto a alegação de decadência, eis que o direito de constituição do crédito tributário se extinguiria em 31.12.2011 (fls. 504/510e).

Daí a interposição do presente Recurso Especial.

O termo inicial do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação – como é o caso, em regra, do ICMS –, depende da circunstância de ter o contribuinte antecipado, ou não, o pagamento da exação. Com efeito, nos termos da Súmula 555 do STJ, “quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” (*Primeira Seção*, DJe de 15/12/2015). Ou seja, não antecipado o pagamento, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento. Por outro lado, antecipado o pagamento do tributo, o prazo decadencial observa o art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, desde o pagamento a menor inicia-se o prazo decadencial para o lançamento suplementar, sob pena de homologação tácita do lançamento. Nesse sentido:

Processo Civil. Tributário. IRPF. Decadência. Prazo. Arts. 150 e 173 do CTN. Não ocorrência. Pretensão de reexame fático-probatório. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Alegação de violação do art. 373 do CPC/2015. Incidência por analogia do Enunciado n. 284 da Súmula do STF. Alegação de violação do art. 8 da Lei n. 9.250/95. Pensão alimentícia. Pagamento. Comprovação. Ausência. Interpretação de cláusulas contratuais. Impossibilidade. Incidência do Enunciado n. 5 da Súmula do STJ. Alegação de violação do art. 142 do CTN. Ausência de prequestionamento. Incidência do Enunciado n. 211 da Súmula do STJ.

I - Trata-se, na origem, de embargos à execução fiscal objetivando a dedução de suas despesas com pensão alimentícia da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), relativo aos exercícios financeiros de 1996, 1998 e 1999, objeto da execução fiscal embargada e o reconhecimento da decadência da parcela do crédito tributário executado referente ao exercício financeiro de 1996.

Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal *a quo*, a sentença foi mantida. Nesta Corte, não se conheceu do recurso especial.

II - *Conforme o entendimento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmado em julgamento submetido ao rito próprio dos recursos especiais repetitivos (REsp n. 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/8/2009, DJe 18/9/2009), previsto no art. 543-C do CPC/1973 (Tema n. 163/STJ), a contagem do prazo decadencial quinquenal para a constituição de crédito tributário, sujeito a lançamento por homologação, rege-se pelo disposto no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara o crédito, contudo efetua o pagamento meramente parcial do débito correspondente, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação. Em contrapartida, o referido prazo decadencial é regido pela disposição contida no art. 173, I, do CTN, quando não há qualquer pagamento por parte do contribuinte. Acerca do assunto, destaco os seguintes precedentes: AgInt no AgInt no AREsp n. 1.229.609/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 9/10/2018, DJe 24/10/2018; AgInt no REsp n. 1.779.147/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/5/2019, DJe 30/5/2019.*

III - Sendo assim, a irrisignação da parte recorrente, quanto à negativa de vigência ao art. 150, § 4º, do CTN, vai de encontro às convicções da Corte Julgadora originária, a qual, com amparo no conjunto de fatos e provas acostado aos autos, concluiu que o crédito tributário executado não foi atingido pelo instituto da decadência, porquanto o contribuinte não efetuiu sequer o adimplemento parcial da exação sujeita a lançamento por homologação e, por esse motivo, a contagem do prazo decadencial quinquenal para a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário mais remoto, referente ao IRPF de 1996, teve início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, nos termos do art. 173, I, do CTN. Nesse diapasão, a revisão da conclusão acima pronunciada, por meio da reinterpretação e aplicação do dispositivo legal federal reputado violado, qual seja o art. 150, § 4º, do CTN, demanda, necessariamente, o revolvimento de elementos fático-probatórios dos autos, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial, em virtude da incidência do óbice ao conhecimento recursal constante do enunciado da Súmula n. 7 do STJ, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

(...)

IX - Agravo interno improvido (STJ, AgInt no REsp 1.817.191/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 24/04/2020).

Processual Civil e Tributário. Agravo interno. Enunciado Administrativo n. 3 do STJ. *Decadência. Pagamento parcial consignado pelo acórdão recorrido. Premissa fática expressa no acórdão. Afastamento da Súmula n. 7 do STJ. Afastamento do REsp n. 973.733/SC. IPI. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Decadência das diferenças não declaradas. Termo a quo em caso de pagamento parcial. Fato gerador. Crédito tributário extinto pela decadência.*

1. Adotando-se a premissa fática do caso concreto, expressamente ventilada no voto vencedor do acórdão recorrido - o que afasta a incidência da Súmula n. 7 do STJ -, é de se reconhecer que, havendo pagamento parcial, a decadência para constituir a diferença não declarada e não integrante do pagamento parcial tem como termo a quo a data do fato gerador, na forma do art. 150, § 4º, do CTN, não se aplicando o entendimento fixado na Súmula n. 555 do STJ e no REsp n. 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, segundo o qual o prazo decadencial segue o disposto no art. 173, I, do CTN quando, a despeito da previsão legal, não há pagamento antecipado em caso de tributo sujeito a lançamento por homologação.

2. Na hipótese dos autos, os fatos geradores ocorreram no período de fevereiro e março de 2002, de modo que o lançamento de ofício realizado em 25 de junho de 2007 extrapolou o prazo de 5 anos contados dos fatos geradores, estando o crédito tributário extinto pela decadência.

3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 24/10/2018).

Na espécie, o Tribunal de origem, acolhendo, na íntegra, os fundamentos da sentença, ao consignar que “a hipótese dos autos versa sobre imposto não informado, isto é, imposto não pago” (fl. 509e), assentou que o prazo decadencial observaria o disposto no art. 173, I, do CTN. Não obstante, em seguida, a Corte *a quo* asseverou que houve “*diferença apurada pelo Fisco no procedimento fiscal que culminou com o Auto de Lançamento número 18732690*” (fl. 509e), concluindo que “a CDA em execução fiscal refere-se a imposto não informado, porque *objetiva o pagamento da diferença entre o que foi então declarado e pago* e o que não foi nem declarado e nem pago” (fl. 517e).

Como se nota, o “imposto não pago” a que se refere o acórdão recorrido é, na verdade, a diferença a menor entre o que foi pago pelo contribuinte e o que foi apurado, posteriormente, no lançamento complementar, pelo Fisco, em decorrência do creditamento integral, realizado pelo contribuinte, e do diferencial de alíquotas.

Em casos tais, como exposto acima, o prazo decadencial rege-se pelo art. 150, § 4º, do CTN, tendo início na data da ocorrência do fato gerador. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processual Civil e Tributário. Agravo interno. ICMS. Creditamento indevido. Tributo pago a menor. Lançamento substitutivo. Prazo estipulado no art. 150, § 4º, do CTN.

1. O lançamento de ofício de ICMS pago a menor em decorrência de creditamento indevido está sujeito ao prazo estipulado no art. 150, § 4º, do CTN (AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 7/11/2011).

2. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.774.844/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12/09/2019).

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. ICMS. Creditamento indevido. Tributo pago a menor. Lançamento substitutivo. Prazo decadencial. Súmula 83 do STJ. Incidência. Reexame de prova. Impossibilidade.

(...)

2. O lançamento de ofício de ICMS pago a menor em decorrência de creditamento indevido está sujeito ao prazo estipulado no art. 150, § 4º, do CTN (AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 07/11/2011).

3. Hipótese em que o Tribunal de origem assentou que, a despeito do creditamento informado e glosado pelo fisco, houve pagamento, ainda que parcial, do tributo passível de homologação pelo fisco e que não ficou evidenciada má-fé por parte da contribuinte, motivo pelo qual aplicou o art. 150, § 4º, do CTN.

4. A conformidade do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte Superior enseja a aplicação do óbice de conhecimento estampado na Súmula 83 do STJ.

5. O reexame do suporte fático delineado pelo acórdão referente à ocorrência de pagamento parcial e à inexistência de dolo ou fraude esbarra no veto contido na Súmula 7 do STJ.

6. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no AREsp 794.369/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 24/05/2019).

Processo Civil e Tributário. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Agravo interno no agravo em recurso especial. ICMS. Creditamento. Pagamento a menor. Aplicação do regime do artigo 150, § 4º, do CTN. Decadência. Agravo interno parcialmente provido.

1. A jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, considera-se a menor o pagamento realizado através de creditamento parcialmente aceito, pois, a utilização de crédito pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração, insere-se na exegese do artigo 150, § 4º, do CTN. Precedentes: (AgInt no AREsp 356.577/RS, Rel. Ministro **Gurgel de Faria, Primeira Turma**, julgado em 19/06/2018, DJe 08/08/2018).

2. Agravo parcialmente provido (STJ, AgInt no AREsp 1.425.553/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14/05/2019)

Processual Civil. Tributário. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. *Lançamento do crédito tributário. Decadência. Pagamento a menor. Creditamento indevido. Termo inicial. Fato gerador. Art. 150, § 4º, do CTN. Multa do art. 1.026 do CPC. Aplicação não adequada na espécie.*

(...)

II - *O prazo decadencial do tributo sujeito a lançamento por homologação, inexistindo a declaração prévia do débito, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado, nos termos do art. 173, I, do CTN; ocorrendo o pagamento parcial, o prazo decadencial para o lançamento suplementar é de cinco anos contados do fato gerador, conforme a regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN. Precedentes.*

III - *Esta corte consolidou posicionamento segundo o qual, para efeito de decadência do direito de lançamento do crédito tributário, o creditamento indevido equipara-se a pagamento a menor, fazendo incidir o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.*

IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou im procedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido (STJ, AgInt no REsp 1.842.061/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 18/12/2019).

Tributário. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. ICMS. *Decadência. Prazo para a constituição de débito pela Fazenda Estadual. Pagamento a menor em decorrência de suposto creditamento indevido. Aplicação do art. 150, § 4º, do CTN. Matéria pacificada em sede de recurso especial representativo de controvérsia (REsp 973.733/SC).*

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência pelos quais a contribuinte suscita dissenso pretoriano acerca da contagem do lapso decadencial para o lançamento de ofício tendente a cobrar as diferenças de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor em decorrência de creditamento indevido.

2. *A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.*

3. “[...] ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN” (AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006).

4. Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despidendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.

5. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

6. Na espécie, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que houve pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

7. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 07/11/2011).

Observo que, no caso, como destaca a recorrente, a fl. 633e, não há, nos autos, qualquer, imputação de prática, pela contribuinte, de ato doloso, fraudulento ou simulado, que poderia afastar a regra de decadência do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

No caso, ocorridos os fatos geradores de janeiro a outubro de 2005, tendo sido a contribuinte intimada da notificação fiscal em 05/11/2010, incide a decadência.

Ante o exposto, conheço do Agravo, para conhecer, em parte, do Recurso Especial, e, nessa extensão, dar-lhe provimento, para reconhecer a decadência do crédito tributário relativamente às competências anteriores a novembro de 2005, referentes aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2005, restando prejudicadas as demais questões veiculadas no Recurso Especial, em razão do acordo firmado entre as partes, na correspondente Execução Fiscal.

Condeno a parte recorrida ao pagamento de honorários advocatícios, que ora arbitro em 2% sobre o valor atualizado dos débitos decaídos, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73, regra aplicável à espécie, uma vez prolatada a sentença

na vigência do Código revogado (STJ, EAREsp 1.255.986/PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão, Corte Especial*, DJe de 06/05/2019).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.472.761-PR (2014/0184863-1)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Tung Chuan Wang

Advogado: Vitor Hugo Nachtygal - PR028767

EMENTA

Recurso interposto na vigência do CPC/1973. Enunciado Administrativo n. 2. Tributário. Imposto de renda. Denúncia espontânea. Existência. Valor declarado e pago somente após o início da ação fiscal acrescido de multa de mora e juros de mora dentro do prazo previsto no art. 47, da Lei n. 9.430/96. Momento da incidência da multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/96, com redação alterada pela Lei n. 11.488/07.

1. O critério temporal para a incidência da multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/96 (redação dada pela Lei n. 11.488/2007) é dado pelo início da ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB. Isto é, se ao tempo em que a administração se movimentou para efetuar o lançamento de ofício, incorrendo em custos administrativos para tal, o tributo ainda não havia sido pago, a multa que será devida não é mais a multa de mora, mas sim a multa de ofício (de observar que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação é praxe a data do vencimento anteceder a data da entrega da declaração). Ou seja: após o vencimento e antes do início do procedimento fiscal a situação é de multa de mora, depois do início do procedimento fiscal a situação é de multa de ofício.

2. Contudo, o art. 47, da Lei n. 9.430/96, excepcionou essa lógica ao ampliar o prazo para pagamento sem multa de ofício e permitir que o contribuinte já submetido a uma ação fiscal por parte da RFB pague **os tributos e contribuições já declarados**, acrescidos de multa de mora (não multa de ofício) e juros de mora, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, ou seja, com vinte dias de curso de procedimento fiscal.

3. Situação dos autos que se enquadra no art. 47, da Lei n. 9.430/96. Isto porque **o contribuinte, muito embora não tenha declarado o IR sobre o ganho de capital, informou na declaração de ajuste os valores de aquisição e alienação do veículo** (conforme e-STJ fls. 31) e, intimado em 26.6.2008, efetuou o pagamento do tributo somado à multa de mora e juros de mora em 04.07.2008, dentro do prazo de 20 dias previsto no art. 47, da Lei n. 9.430/96.

4. A título de esclarecimento, o ganho de capital deve ser declarado de forma apartada e posteriormente objeto de registro no campo “Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva/definitiva” para o qual consta o valor de R\$ 0,00 na declaração do contribuinte (e-STJ fls. 31). Tal comprova o fato de que não houve a específica declaração de ganho de capital. Contudo, a informação da alienação do veículo e da diferença de valores que possibilita a apuração do ganho de capital constou da “Declaração de Bens e Direitos”, dentro do rol que demonstra a evolução patrimonial do contribuinte constante da Declaração de Ajuste Anual do IRPF, na mesma fl. 31, item 04.

5. Sendo assim, considero ter havido a declaração exigida para fins de aplicação do art. 47, da Lei n. Lei n. 9.430/96, a afastar a incidência da multa de ofício. Interpretação do dispositivo legal que prestigia a boa-fé do contribuinte.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista

do Sr. Ministro Herman Benjamin, dando provimento ao recurso especial, a ratificação de voto dos Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Og Fernandes, negando provimento ao recurso, no que foram acompanhados pela Sra. Ministra Assusete Magalhães, o voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencidos os Srs. Ministros Herman Benjamin e Francisco Falcão.”

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 30.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Cuida-se de recurso especial manejado pela *Fazenda Nacional*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região ementado da seguinte forma (e-STJ fls. 139/145):

Embargos à execução fiscal. Multa *ex officio*. Art. 44, I, da Lei 9.430/96. Denúncia espontânea não configurada. Inaplicabilidade da multa em caso de pagamento com atraso. Nova redação Lei 11.488/07.

1. Realizado o pagamento do tributo devido somente após iniciado o procedimento fiscal de constituição do crédito, não resta configurada denúncia espontânea, nos exatos termos do art. 138 do CTN.

2. Todavia, a multa *ex officio* exigida não é devida, não em razão da denúncia espontânea, mas porque o simples atraso no pagamento dos tributos já não é mais causa de incidência da multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/96, uma vez que a nova redação imprimida pela Lei n. 11.488/07 excluiu a expressão “pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo” primitivamente existente no dispositivo legal antes referido.

3. Mantida a sentença por fundamento diverso.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos sem efeitos infringentes pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 201/207).

A recorrente alega violação ao art. 44, I, da Lei n. 9.430/96, eis que a multa de 75% prevista no referido dispositivo legal foi aplicada pelo Fisco em razão do não recolhimento do imposto de renda sobre receita declarada e não porque teria havido o recolhimento em atraso da exação (e-STJ fls. 211/214).

O recorrido não apresentou contrarrazões, conforme certidão de e-STJ fl. 221.

Admitido o recurso especial na origem, vieram-me os autos conclusos para análise (e-STJ fls. 224). É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso foi interposto na vigência do CPC/1973, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2: “*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*”.

Devidamente prequestionados os dispositivos legais tidos por violados, especialmente o art. 44, I, da Lei n. 9.430/96, conheço do recurso especial.

Quanto ao mérito, sem razão a *Fazenda Nacional*.

Com efeito, dos autos extrai-se por incontroverso que o contribuinte declarou alienação de veículo em 2006 *informando a ocorrência de ganho de capital na declaração de ajuste em campo inapropriado e omitindo-se em relação à declaração de ganho de capital*, nada recolhendo a título de imposto de renda (não declarou o IR sobre o ganho de capital e não pagou), sendo que a Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB iniciou em 20.06.2008 procedimento fiscal para apuração de tributo tendo intimado o contribuinte em 26.6.2008, para esclarecimentos e comprovação de pagamento. Também incontroverso que o contribuinte recolheu em 04.07.2008 o tributo (R\$ 8.400,00), a multa de mora (R\$ 1.680,00) e os juros (R\$ 1.384,32). Posteriormente, a RFB, entendendo não configurada a denúncia espontânea, procedeu ao lançamento do imposto devido (R\$ 8.400,00), da multa de 75% (R\$ 6.300,00) e dos juros de mora (R\$ 1.390,20).

Decerto, a Corte de Origem equivocou-se ao afirmar que a multa *ex officio* exigida não seria mais devida simplesmente porque o atraso no pagamento dos tributos deixou de ser causa de incidência da multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/96 (nova redação imprimida pela Lei n. 11.488/07). Isto porque a multa de ofício tem por fato gerador a inadimplência do contribuinte somada à existência de movimentação do Fisco Federal no sentido de efetuar o lançamento de ofício, ou seja, a multa de ofício corresponde a um custo adicional incorrido pela Administração que, ao invés de receber uma declaração acompanhada do pagamento do tributo por parte do contribuinte, tem que movimentar sua máquina para fiscalizar e autuar o contribuinte a fim de receber o devido. Nessa toada, o fundamento legal da multa de ofício para o presente caso está expresso no art. 44, I, da Lei n. 9.430/96, que impõe uma multa de 75%, nos casos de falta de pagamento do imposto (multa sobre a diferença do imposto não pago), a saber:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei n. 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei n. 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou **diferença de imposto** ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei n. 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei n. 11.488, de 2007)

[...]

De ver que o *critério temporal* para a incidência da multa de ofício é dado pelo *início da ação fiscal* por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB. Isto é, *se ao tempo em que a administração se movimentou para efetuar o lançamento de ofício, incorrendo em custos administrativos para tal, o tributo ainda não havia sido pago, a multa que será devida não é mais a multa de mora, mas sim a multa de ofício* (de observar que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação é praxe a data do vencimento anteceder a data da entrega da declaração). Tal a letra do parágrafo único do art. 138, do CTN:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o **início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização**, relacionados com a infração.

Do mesmo modo, a Súmula n. 31 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, bem evidencia isso ao efetuar o corte temporal para a incidência da multa de ofício separando os momentos em antes (multa de mora) e depois (multa de ofício) do início do procedimento fiscal, a saber:

Súmula n. 31/CARF: "Descabe a cobrança de multa de ofício isolada exigida sobre os valores de tributos recolhidos extemporaneamente, sem o acréscimo da multa de mora, *antes do início do procedimento fiscal*".

Por outro lado, se ao tempo em que a administração se movimentou para efetuar o lançamento de ofício, incorrendo em custos administrativos para tal, o tributo foi pago sem haver o pagamento da multa de mora devida, o caso é de se efetuar apenas o lançamento da multa de mora com base no art. 43, da Lei n. 9.430/96 (Auto de Infração sem Tributo) e não o de aplicar multa de ofício, já que revogado o art. 44, I e § 1º, II, da Lei n. 9.430/96, que autorizavam o lançamento de multa de ofício sobre a multa moratória não paga. Segue a redação dos dispositivos *revogados*:

Multas de Lançamento de Ofício

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, ***pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória***, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

[...]

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

[...]

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido ***pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora***;

[...]

Contudo, o art. 47, da Lei n. 9.430/96, excepcionou essa lógica ***para tributos e contribuições já declarados*** ao ampliar o prazo para pagamento sem multa de ofício e permitir que o contribuinte já submetido a uma ação fiscal por parte da RFB pague o tributo devido, acrescido de multa de mora (não multa de ofício) e juros de mora, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, ou seja, com vinte dias de curso de procedimento fiscal. Transcrevo:

Art. 47. A pessoa física ou jurídica *submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal* poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, **os tributos e contribuições já declarados**, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, *com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo*. (Redação dada pela Lei n. 9.532, de 1997)

Não se pode olvidar que dentro da expressão “*acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo*” o Fisco Federal coloca a multa de mora.

Ocorre que a situação dos autos se enquadra no art. 47, da Lei n. 9.430/96. Isto porque **o contribuinte, muito embora não tenha declarado o IR sobre o ganho de capital, informou na declaração de ajuste os valores de aquisição e alienação do veículo** (conforme e-STJ fls. 31) e, intimado em 26.6.2008, efetuou o pagamento do tributo somado à multa de mora e juros de mora em 04.07.2008, dentro do prazo de 20 dias.

A título de esclarecimento, o ganho de capital deve ser declarado de forma apartada em declaração auxiliar e posteriormente objeto de registro no campo “Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva/definitiva” para o qual consta o valor de R\$ 0,00 na declaração do contribuinte (e-STJ fls. 31). Tal comprova o fato de que não houve a específica declaração auxiliar de ganho de capital. Contudo, a informação da alienação do veículo e da diferença de valores que possibilita a apuração do ganho de capital constou da “Declaração de Bens e Direitos”, dentro do rol que demonstra a evolução patrimonial do contribuinte constante da Declaração de Ajuste Anual do IRPF, na mesma fl. 31, item 04.

Sendo assim, considero ter havido a declaração exigida para fins de aplicação do art. 47, da Lei n. Lei n. 9.430/96, a afastar a incidência da multa de ofício.

Interpretação do dispositivo legal que prestigia a boa-fé do contribuinte.

Ante o exposto, por fundamentação diversa *nego provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Og Fernandes: Entendo que o caso dos autos emoldura-se à hipótese descrita no art. 47 da Lei n. 9.430/1996: *A pessoa física ou jurídica*

submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, os tributos e contribuições já declarados, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo.

Não há controvérsia a respeito do pagamento dentro do vigésimo dia da ciência da instauração do procedimento fiscal.

E, conforme asseverou o Juiz na sentença, a alienação do veículo automotor sobre o qual resultou ganho de capital constou expressamente da Declaração de Ajuste (DIRPF) entregue pelo contribuinte à Receita Federal, dando azo à fiscalização.

Tenho, assim, por satisfeita a exigência legal, descabendo potencializar o fato de não haver sido feita a declaração em campo específico.

Logo, efetuado o pagamento do imposto de renda com os acréscimos devidos no “período de graça”, não há razão para a incidência da multa de 75%, até porque o fisco não precisou proceder ao lançamento de ofício.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Imposto de renda. Venda de automóvel com ganho de capital. Tributo não declarado pelo contribuinte. Lançamento de ofício. Imposição da multa estabelecida no art. 44, I, da Lei 9.430/1996. Cabimento.

Delimitação da controvérsia

1. A controvérsia tem por objeto lançamento de ofício realizado pela Receita Federal, relativo ao Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital apurado na alienação de veículo automotor. Discute-se se é cabível a exigência da multa de ofício, prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/1996, na medida em que o contribuinte efetuou, dentro do prazo de vinte dias após o início da fiscalização, o pagamento do tributo com acréscimo da multa de mora de 20%.

2. Iniciada a fiscalização em 26.6.2008, o recorrido providenciou, após tal data, o recolhimento do Imposto de Renda sobre o ganho de capital (quitado em 4.7.2008, mediante DARF).

3. O fato gerador é representado pela circunstância de o recorrido ter adquirido, em 8.12.2004, um veículo BMW 7401 GG81, pela quantia de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), e ter procedido à respectiva alienação apenas 12 (doze) dias após, isto é, em 20.12.2004, por R\$116.000,00 (cento e dezesseis mil reais). O ganho de capital, da ordem de R\$56.000,00, implicou dever de declaração e recolhimento do tributo *no mês seguinte ao do fato gerador*, mas a fiscalização constatou que o contribuinte não declarou, no momento oportuno, tal operação de venda, tampouco recolheu no prazo legal o tributo incidente.

4. A questão a ser resolvida, portanto, é *se o recolhimento tardio, promovido somente após o início da fiscalização, não declarado no momento adequado, deve ser acrescido de multa de mora (20% do tributo) ou da multa de ofício (75% do tributo)*.

Voto do Eminentíssimo Ministro Mauro Campbell Marques

5. Em judicioso voto, o Ministro Mauro Campbell Marques negou provimento ao Recurso Especial, com o fundamento de que a situação dos autos se enquadra na hipótese do art. 47 da Lei 9.430/1996 (pagamento do *tributo declarado*, no prazo máximo de vinte dias, contados do recebimento do termo de início de fiscalização, com os benefícios do art. 138 do CTN – isto é, tributo e juros de mora, exclusivamente).

Voto-Vista do Eminentíssimo Ministro Og Fernandes

6. O Ministro Og Fernandes desproveu a pretensão recursal, com os seguintes fundamentos: a) é fato incontroverso que houve pagamento no prazo de vinte dias, previsto no art. 47 da Lei 9.430/1996; e b) a alienação do veículo, conforme estabelecido na sentença do juízo do primeiro grau, foi informada na DIRPF, e o simples fato de tal venda ter sido informada em campo inapropriado não constitui motivo justo para ensejar a aplicação da multa de ofício.

Cabimento da multa de ofício. Manifesta inobservância, pelo contribuinte, da legislação tributária de regência.

7. Com a devida deferência à exegese até aqui apresentada, propõe-se posicionamento que interpreta a legislação sob enfoque diverso.

8. O primeiro ponto para o qual se chama atenção é o fato inusitado do ganho de capital na venda de automóvel. Como se sabe, em regra, bens dessa natureza sofrem contínua desvalorização, e é comum o prejuízo experimentado pelo alienante, não o ganho de capital.

9. Na hipótese dos autos, contudo, o veículo alienado é uma BMW, adquirida em 8.12.2004 por R\$60.000,00 (sessenta mil reais) e alienada apenas duas semanas depois, em 20.12.2004, por R\$116.000,00 (cento e dezesseis mil reais), conforme apurado pelo Fisco (fl. 17, e-STJ). O ganho de capital corresponde a R\$56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), e a conduta do contribuinte, exigida em lei, deveria ter sido a seguinte: declarar a operação que implicou ganho de capital, recolher o imposto sobre ele incidente *até o último dia útil do mês seguinte ao da apuração do ganho de capital* (art. 52, § 1º, da Lei 8.383/1991) e posteriormente declarar tais fatos na Declaração Anual de Ajuste, quando o valor pago a título de IR sobre o ganho de capital seria considerado em relação ao montante consolidado referente ao exercício fiscal (art. 117 do RIR/1999). *Nada disso ocorreu no caso concreto.*

10. De qualquer modo, segundo dispõe o art. 47 da Lei 9.430/1996, “A pessoa física ou jurídica submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, os tributos e contribuições já declarados, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo.”

11. O dispositivo legal pressupõe, como situação material a ensejar a faculdade de pagamento com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo, a existência de *tributos declarados* (e, obviamente, não pagos) pelo contribuinte. *A mera existência de informação a respeito da situação fática tributável (de que houve venda do bem) é inconfundível com a declaração de que houve ganho de capital, bem como de que há tributo a esse título devido* (procedimento, este último, que envolve a especificação, pelo próprio contribuinte, do tributo a ser pago, e que constitui a razão de ser da entrega de Declaração de Imposto de Renda).

12. O Tribunal de origem, no acórdão hostilizado, consignou que o contribuinte informou, na Declaração do Imposto de Renda, *apenas a alienação do veículo*. Conforme dito, *informar que houve alienação não é a mesma coisa que informar que dessa alienação resultou a existência de tributo devido (a alienação, por exemplo, poderia estar na faixa de isenção tributária)*.

13. A esse respeito, é oportuno registrar, como fez o Ministro Og Fernandes, que a sentença do juízo do primeiro grau certifica (fl. 110, e-STJ) que o contribuinte simplesmente mencionou ter alienado o veículo, em 20.12.2006, pelo montante de R\$116.000,00 (cento e dezesseis mil reais) – embora o Termo de Autuação indique que o fato ocorreu em 20.12.2004 (fl. 117, e-STJ). Não há, nessa assertiva, nenhuma informação que, por si só, indique que o contribuinte reconheceu e declarou ao Fisco a existência de ganho de capital e que *haveria Imposto de Renda a pagar, vencido no último dia subsequente ao mês em que concretizado o ganho de capital*. Mais que isso, a informação, no item “Bens e Direitos”, de que o veículo foi alienado em momento algum pode ser equiparada à declaração de que o contribuinte informou, quanto ao fato, o tributo devido em razão dessa operação de venda.

14. Portanto, com o devido respeito, a hipótese que constitui premissa lógica para a aplicação do art. 47 da Lei 9.430/1996 (a declaração do contribuinte de que praticou ato e obteve ganho de capital sujeito à tributação – em outras palavras, a “*declaração do tributo devido*”) não se faz – e nunca se fez – presente. A regra em questão, na realidade, se aplica somente para afastar a multa moratória, aquela devida em função do tributo declarado e não pago no prazo legal.

15. O procedimento usual para a cobrança de tributos é o seguinte: a) tributo declarado e não pago tempestivamente: a obrigação principal, paga em momento posterior ao do vencimento, será acrescida de juros moratórios e multa de mora, e não existe denúncia espontânea, pois o cumprimento da obrigação acessória (entrega da Declaração do *tributo devido*) descaracteriza a espontaneidade do contribuinte; b) tributo não declarado e não pago: o pagamento extemporâneo será acrescido exclusivamente de juros de mora, nos termos do art. 138 do CTN, se realizado antes do início de medida fiscalizadora.

16. A exceção prevista no art. 47 da Lei 9.430/1996 é aplicável exclusivamente para os casos de tributos declarados e não pagos: iniciada a fiscalização (que desqualifica o instituto da denúncia espontânea), faculta-se ao contribuinte providenciar o pagamento, no prazo máximo de vinte dias (contados do recebimento do termo de início da medida fiscalizadora), do tributo por ele previamente declarado, com os benefícios do art. 138 do CTN (principal + juros moratórios). Nesse contexto, se a autuação fiscal constatar que o tributo devido é superior ao que foi declarado, procede-se da seguinte forma: a) em relação ao tributo declarado e pago no prazo do art. 47 da Lei 9.430/1996, não será devida multa moratória, mas apenas o principal e os juros moratórios, e b) quanto a eventual diferença do tributo declarado como devido (apurou-se que o contribuinte deve mais do que ele declarou), haverá lançamento de ofício da diferença, com imposição, sobre essa parcela (sobre a diferença), da multa de 75%, com base no art. 44, I, da Lei 9.430/1996. Havendo pagamento com atraso do tributo declarado, será possível abater, do valor apurado na fiscalização, a quantia paga a destempo.

17. Como, na hipótese dos autos, não houve declaração tempestiva do contribuinte a respeito da existência de ganho de capital, bem como do tributo incidente na operação de venda com ganho de capital, encontra-se correto o lançamento, ou seja, revela-se devida a imposição da multa de ofício.

Conclusão

18. Voto-vista encaminhado para dar provimento ao Recurso Especial do ente público, com o devido respeito à posição em sentido contrário.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição da República contra acórdão assim ementado:

Embargos à execução fiscal. Multa ex officio. Art. 44, I, da Lei 9.430/96. Denúncia espontânea não configurada. Inaplicabilidade da multa em caso de pagamento com atraso. Nova redação Lei 11.488/07.

A recorrente alega violação do art. 44, I, da Lei 9.430/1996. Afirma que a multa de 75%, prevista nessa norma tem natureza punitiva, e não se relaciona

com o recolhimento em atraso do tributo, motivo pelo qual deve subsistir. Sustenta que a alteração na redação do referido dispositivo legal pela Lei 11.488/2007 em nada alterou esse panorama, pois foi mantido o percentual de multa de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto.

Não foram apresentadas as contrarrazões.

Em judicioso voto, o Ministro Mauro Campbell Marques negou provimento ao Recurso Especial, com o fundamento de que a situação dos autos se enquadra na hipótese do art. 47 da Lei 9.430/1996 (pagamento do tributo declarado, no prazo máximo de vinte dias, contados do recebimento do termo de início de fiscalização, com os benefícios do art. 138 do CTN – isto é, tributo e juros de mora, exclusivamente).

O Ministro Og Fernandes desproveu a pretensão recursal, com os seguintes fundamentos: a) é fato incontroverso que houve pagamento no prazo de vinte dias, previsto no art. 47 da Lei 9.430/1996; e b) a alienação do veículo, conforme estabelecido na sentença do juízo do primeiro grau, foi informada na DIRPF, e o simples fato de tal venda ter sido informada em campo inapropriado não constitui motivo justo para ensejar a aplicação da multa de ofício.

Com a devida vênia, divirjo do entendimento acima indicado.

O primeiro ponto para o qual chamo atenção é o fato inusitado do ganho de capital na venda de automóvel. Como se sabe, em regra, bens dessa natureza sofrem contínua desvalorização, e é comum o prejuízo experimentado pelo alienante, não o ganho de capital – ainda que se trate de veículo importado.

Na hipótese dos autos, contudo, o veículo alienado é uma BMW, adquirida em 8.12.2004 por R\$60.000,00 (sessenta mil reais) e alienada apenas duas semanas após, em 20.12.2004, por R\$116.000,00 (cento e dezesseis mil reais), conforme apurado pelo Fisco (fl. 17, e-STJ). O ganho de capital, como se vê, corresponde a R\$56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), e a conduta do contribuinte, exigida em lei, deveria ter sido a seguinte: declarar a operação que implicou ganho de capital, recolher o imposto sobre ele incidente até o último dia útil do mês seguinte ao da apuração do ganho de capital (art. 52, § 1º, da Lei 8.383/1991) e posteriormente declarar tais fatos na Declaração Anual de Ajuste, quando o valor pago a título de IR sobre o ganho de capital seria considerado em relação ao montante consolidado referente ao exercício fiscal (art. 117 do RIR/1999).

Nada disso ocorreu. O contribuinte se limitou a informar, na Declaração de Ajuste de 2006, que havia alienado o veículo em 2006 (na verdade, 2004, como dito acima), sem, no entanto, ter previamente: a) declarado a operação e o ganho de capital nela apurado; b) recolhido, no prazo estipulado em lei, o Imposto de Renda (15% sobre o ganho de capital).

De qualquer modo, segundo dispõe o art. 47 da Lei 9.430/1996, “A pessoa física ou jurídica submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, os tributos e contribuições já declarados, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo.”

O dispositivo legal pressupõe, como situação material a ensejar a faculdade de pagamento com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo, a existência de *tributos declarados* (e, obviamente, não pagos) pelo contribuinte. *A mera existência de informação do fato tributável é inconfundível com a declaração do tributo devido (procedimento que envolve a especificação do tributo a ser pago pelo contribuinte e constitui a razão de ser da entrega de Declaração de Imposto de Renda).*

Repito. O Tribunal de origem, no acórdão hostilizado, consignou que o contribuinte informou, na Declaração do Imposto de Renda, apenas a alienação do veículo.

A esse respeito, é oportuno registrar, como fez o Ministro Og Fernandes, que a sentença do juízo do primeiro grau certifica, à fl. 110, e-STJ, que o contribuinte simplesmente mencionou ter alienado o veículo, em 20.12.2006 (embora o relatório fiscal diga que o evento ocorreu em 20.12.2004 – fl. 17, e-STJ), pelo montante de R\$116.000,00 (cento e dezesseis mil reais). Não há, nessa assertiva, nenhuma informação que, por si só, indique que o contribuinte informou a existência de ganho de capital. Mais que isso, a informação, no item “Bens e Direitos”, de que o veículo foi alienado em momento algum pode ser equiparada à declaração de que o contribuinte informou, quanto ao fato, que houve ganho de capital e de que declarou, apurou e recolheu no prazo legalmente estabelecido o tributo devido em razão desse ganho de capital.

Portanto, com o devido respeito, a hipótese que constitui premissa lógica para a aplicação do art. 47 da Lei 9.430/1996 – isto é, a existência de declaração tempestiva do tributo incidente sobre o ganho de capital auferido – não se faz presente. A regra em questão, na realidade, se aplica somente para afastar

a multa moratória, que é aquela devida em função do tributo declarado e não pago no prazo legal.

Com efeito, o procedimento usual para a cobrança de tributos é o seguinte: a) tributo declarado e não pago tempestivamente: a obrigação principal, paga em momento posterior ao do vencimento, será acrescida de juros moratórios e multa de mora, e não existe denúncia espontânea, pois o cumprimento da obrigação acessória (entrega da Declaração do *tributo devido*) descaracteriza a espontaneidade do contribuinte; b) tributo não declarado e não pago: o pagamento extemporâneo será acrescido exclusivamente de juros de mora, nos termos do art. 138 do CTN, se realizado antes do início de medida fiscalizadora.

A exceção prevista no art. 47 da Lei 9.430/1996 é *aplicável exclusivamente para os casos de tributos declarados e não pagos*: iniciada a fiscalização (que desqualifica o instituto da denúncia espontânea), faculta-se ao contribuinte providenciar o pagamento, no prazo máximo de vinte dias (contados do recebimento do termo de início da medida fiscalizadora), *do tributo por ele previamente declarado*, com os benefícios do art. 138 do CTN (principal + juros moratórios). Nesse contexto, se a autuação fiscal constatar que o tributo devido é superior ao que foi declarado, procede-se da seguinte forma: a) em relação ao tributo declarado e pago no prazo do art. 47 da Lei 9.430/1996, não será devida multa moratória, mas apenas o principal e os juros moratórios, e b) quanto a eventual diferença do tributo declarado como devido (apurou-se que o contribuinte deve mais do que ele declarou), haverá lançamento de ofício da diferença, com imposição, sobre essa parcela (sobre a diferença), da multa de 75%, com base no art. 44, I, da Lei 9.430/1996.

Havendo pagamento com atraso do tributo declarado, será possível abater, do valor apurado na fiscalização, a quantia paga a destempo.

Como, na hipótese dos autos, o contribuinte não declarou o tributo devido em razão da venda com ganho de capital, encontra-se correto o lançamento, ou seja, revela-se devida a imposição da multa de ofício.

Com essas considerações, *peço vênia para respeitosamente divergir do Relator e dar provimento ao Recurso Especial do ente público.*

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Como anotado pelo Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, trata-se de Recurso Especial, interposto pela *Fazenda*

Nacional, com fulcro no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Embargos à execução fiscal. Multa *ex officio*. Art. 44, I, da Lei 9.430/96. Denúncia espontânea não configurada. Inaplicabilidade da multa em caso de pagamento com atraso. Nova redação Lei 11.488/07.

1. Realizado o pagamento do tributo devido somente após iniciado o procedimento fiscal de constituição do crédito, não resta configurada denúncia espontânea, nos exatos termos do art. 138 do CTN.

2. Todavia, a multa *ex officio* exigida não é devida, não em razão da denúncia espontânea, mas porque o simples atraso no pagamento dos tributos já não é mais causa de incidência da multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96, uma vez que a nova redação imprimida pela Lei 11.488/07 excluiu a expressão “pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo” primitivamente existente no dispositivo legal antes referido.

3. Mantida a sentença por fundamento diverso.

Opostos Embargos de Declaração, foram eles, a princípio, rejeitados.

Interposto um primeiro Recurso Especial, que veio a ser autuado, no STJ, como REsp 1.420.922/PR, o Ministro *Mauro Campbell Marques* deu-lhe provimento, por violação ao art. 535 do CPC/73.

Por ocasião do novo julgamento dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem os acolheu, sem efeitos infringentes, para consignar que, “além dos fundamentos já expostos no voto condutor do julgado, considerando que já houve o pagamento do imposto de renda apurado sobre ganho de capital, acrescido da multa moratória e juros e que o Fisco não precisou proceder ao lançamento de ofício, que a multa de 75% não mais se reveste do caráter punitivo que justificaria sua aplicação” (fls. 205/206e).

No presente Recurso Especial, sob alegada violação ao art. 44, I, da Lei 9.430/96, a recorrente sustentou que “a multa de 75% prevista no artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/96 tem nítida natureza punitiva, não estando relacionada com o recolhimento em atraso do tributo, mas com o descumprimento da legislação de regência, o que ocorreu no caso, uma vez que o contribuinte deixou de recolher o tributo devido, somente o tendo feito após a iniciativa de fiscalização da autoridade fazendária. A alteração do artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/96 pela Lei 11.488/2007 não teve o condão de modificar o percentual da multa aplicado, ou de afastar sua incidência no caso concreto” (fl. 214e).

Iniciado o julgamento do feito, o Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, negou provimento ao Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa por ele proposta:

Recurso interposto na vigência do CPC/1973. Enunciado Administrativo 2. Tributário. *Imposto de renda. Denúncia espontânea. Existência. Valor declarado e pago somente após o início da ação fiscal acrescido de multa de mora e juros de mora dentro do prazo previsto no art. 47, da Lei 9.430/96.* Momento da incidência da multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96, com redação alterada pela Lei 11.488/07.

1. O critério temporal para a incidência da multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96 (redação dada pela Lei 11.488/2007) é dado pelo início da ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB. Isto é, se ao tempo em que a administração se movimentou para efetuar o lançamento de ofício, incorrendo em custos administrativos para tal, o tributo ainda não havia sido pago, a multa que será devida não é mais a multa de mora, mas sim a multa de ofício (de observar que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação é praxe a data do vencimento anteceder a data da entrega da declaração). Ou seja: após o vencimento e antes do início do procedimento fiscal a situação é de multa de mora, depois do início do procedimento fiscal a situação é de multa de ofício.

2. Contudo, o art. 47, da Lei 9.430/96, excepcionou essa lógica ao ampliar o prazo para pagamento sem multa de ofício e permitir que o contribuinte já submetido a uma ação fiscal por parte da RFB pague os tributos e contribuições já declarados, acrescidos de multa de mora (não multa de ofício) e juros de mora, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, ou seja, com vinte dias de curso de procedimento fiscal.

3. *Situação dos autos que se enquadra no art. 47, da Lei 9.430/96.* Isto porque o contribuinte, muito embora não tenha declarado o IR sobre o ganho de capital, informou na declaração de ajuste os valores de aquisição e alienação do veículo (conforme e-STJ fls. 31) e, intimado em 26.6.2008, efetuou o pagamento do tributo somado à multa de mora e juros de mora em 04.07.2008, dentro do prazo de 20 dias previsto no art. 47, da Lei 9.430/96.

4. A título de esclarecimento, o ganho de capital deve ser declarado de forma apartada e posteriormente objeto de registro no campo "Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva/definitiva" para o qual consta o valor de R\$ 0,00 na declaração do contribuinte (e-STJ fls. 31). Tal comprova o fato de que não houve a específica declaração de ganho de capital. Contudo, a informação da alienação do veículo e da diferença de valores que possibilita a apuração do ganho de capital constou da "Declaração de Bens e Direitos", dentro do rol que demonstra a evolução patrimonial do contribuinte constante da Declaração de Ajuste Anual do IRPF, na mesma fl. 31, item 04.

5. Sendo assim, considero ter havido a declaração exigida para fins de aplicação do art. 47, da Lei 9.430/96, a afastar a incidência da multa de ofício. Interpretação do dispositivo legal que prestigia a boa-fé do contribuinte.

6. Recurso especial não provido.

O Ministro *Og Fernandes*, acompanhando o Relator, negou provimento ao Recurso Especial, pelos seguintes fundamentos:

Não há controvérsia a respeito do pagamento dentro do vigésimo dia da ciência da instauração do procedimento fiscal.

E, conforme asseverou o Juiz na sentença, a alienação do veículo automotor sobre o qual resultou ganho de capital constou expressamente da Declaração de Ajuste (DIRPF) entregue pelo contribuinte à Receita Federal, dando azo à fiscalização.

Tenho, assim, por satisfeita a exigência legal, descabendo potencializar o fato de não haver sido feita a declaração em campo específico.

Logo, efetuado o pagamento do imposto de renda com os acréscimos devidos no “período de graça”, não há razão para a incidência da multa de 75%, até porque o fisco não precisou proceder ao lançamento de ofício.

Inaugurando a divergência, o Ministro *Herman Benjamin*, que pedira vista dos autos, deu provimento ao Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa por ele proposta:

Tributário. Imposto de renda. Venda de automóvel com ganho de capital. Tributo não declarado pelo contribuinte. Lançamento de ofício. Multa do art. 44, I, da Lei 9.430/1996. Cabimento.

Delimitação da controvérsia

1. A controvérsia tem por objeto lançamento de ofício realizado pela Receita Federal, relativo ao Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital apurado na alienação de veículo automotor. Discute-se se é cabível a exigência da multa de ofício, prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/1996, na medida em que o contribuinte efetuou, dentro do prazo de vinte dias após o início da fiscalização, o pagamento do tributo com acréscimo da multa de mora de 20%.

2. Iniciada a fiscalização em 26.6.2008, o recorrido providenciou, após tal data, o recolhimento do Imposto de Renda sobre o ganho de capital (quitado em 4.7.2008, mediante DARF).

3. O fato gerador é representado pela circunstância de que o recorrido adquiriu, em 8.12.2004 um veículo BMW 7401 GG81, pela quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), e procedeu à respectiva alienação apenas 12 (doze) dias após, isto é, em 20.12.2004, por R\$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais). O ganho de

capital, da ordem de R\$ 56.000,00, implicou dever de declaração e recolhimento do tributo *no mês seguinte ao do fato gerador*, mas a fiscalização constatou que o contribuinte não declarou, no momento oportuno, tal operação de venda, tampouco recolheu o tributo incidente, no prazo legal.

4. A questão a ser resolvida, portanto, é se o recolhimento tardio, promovido somente após o início da fiscalização, não declarado no momento adequado, deve ser acrescido de multa de mora (20% do tributo) ou da multa de ofício (75% do tributo).

Voto do E. Ministro Mauro Campbell Marques

5. Em judicioso voto, o Ministro Mauro Campbell Marques negou provimento ao Recurso Especial, ao fundamento de que a situação dos autos se enquadra na hipótese do art. 47 da Lei 9.430/1996 (pagamento do *tributo declarado*, no prazo máximo de vinte dias, contados do recebimento do termo de início de fiscalização, com os benefícios do art. 138 do CTN – isto é, tributo e juros de mora, exclusivamente).

Voto-Vista do E. Ministro Og Fernandes

6. O Min. Og Fernandes desproveu a pretensão recursal, com base nos seguintes fundamentos: a) é fato incontroverso que houve pagamento no prazo de vinte dias, previsto no art. 47 da Lei 9.430/1996; e b) a alienação do veículo, conforme estabelecido na sentença do juízo de primeiro grau, foi informada na DIRPF, não constituindo o simples fato de tal venda ter sido informada em campo inapropriado motivo justo para ensejar a aplicação da multa de ofício.

Cabimento da multa multa de ofício. Manifesta inobservância, pelo contribuinte, da legislação tributária de regência.

7. Com a devida vênia da exegese até aqui apresentada, apresenta-se posicionamento que interpreta a legislação sob enfoque diverso.

8. O primeiro ponto para o qual se chama atenção é para o fato inusitado do ganho de capital na venda de automóvel. Como se sabe, em regra, bens dessa natureza sofrem contínua desvalorização, sendo comum o prejuízo experimentado pelo alienante, não o ganho de capital.

9. Na hipótese dos autos, contudo, o veículo alienado é uma BMW, adquirida em 8.12.2004 por R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e alienada apenas duas semanas após, em 20.12.2004, por R\$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais), conforme apurado pelo Fisco (fl. 17, e-STJ). O ganho de capital corresponde a R\$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), e a conduta do contribuinte, exigida em lei, deveria ser a seguinte: declaração ao Fisco a respeito da operação que implicou ganho de capital, recolhimento do imposto sobre ele incidente *até o último dia útil do mês seguinte ao da apuração do ganho de capital* (art. 52, § 1º, da Lei 8.383/1991) e posterior declaração de tais fatos na Declaração Anual de Ajuste, quando o valor pago a título de IR sobre o ganho de capital seria considerado,

em relação ao montante consolidado referente ao exercício fiscal (art. 117 do RIR/1999). *Nada disso ocorreu no caso concreto.*

10. De qualquer modo, segundo a dicção do art. 47 da Lei 9.430/1996, “A pessoa física ou jurídica submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, os *tributos e contribuições já declarados*, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo”.

11. O dispositivo legal pressupõe, como situação material a ensejar a faculdade de pagamento com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo, a existência de *tributos declarados* (e, obviamente, não pagos) pelo contribuinte. *A mera existência de informação a respeito da situação fática tributável (ou seja, de que houve venda do bem) é inconfundível com a declaração de que houve ganho de capital, bem como de que há tributo a esse título devido* (procedimento, este último, que envolve a especificação, pelo próprio contribuinte, do tributo a ser pago, e que constitui a razão de ser da entrega de Declaração de Imposto de Renda).

12. O Tribunal de origem, no acórdão hostilizado, consignou que o contribuinte informou, na Declaração do Imposto de Renda, *apenas a alienação do veículo*. Conforme dito, *informar que houve alienação não é a mesma coisa que informar que dessa alienação resultou a existência de tributo devido (a alienação, por exemplo, poderia estar na faixa de isenção tributária).*

13. A esse respeito, é oportuno registrar, como o fez o Ministro Og Fernandes, que a sentença do juízo de primeiro grau certifica (fl. 110, e-STJ) que o contribuinte simplesmente mencionou ter alienado o veículo, em 20.12.2006, pelo montante de R\$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais) – embora o Termo de Autuação indique que o fato ocorreu em 20.12.2004 (fl. 117, e-STJ). *Não há, nessa assertiva, qualquer informação que, por si só, indique que o contribuinte reconheceu e declarou ao Fisco a existência de ganho de capital e de que haveria Imposto de Renda a pagar, vencido no último dia subsequente ao mês em que concretizado o ganho de capital. Mais que isso, a informação, no item ‘Bens e Direitos’, de que o veículo foi alienado em momento algum pode ser equiparada à declaração de que o contribuinte informou, a esse respeito, o tributo devido em razão dessa operação de venda.*

14. Portanto, com o devido respeito, a hipótese que constitui premissa lógica para a aplicação do art. 47 da Lei 9.430/1996 (a declaração, pelo contribuinte, de que este praticou ato e obteve ganho de capital sujeito à tributação – em outras palavras, a “**declaração do tributo devido**”) não se faz – e nunca se fez – presente. A regra em questão, na realidade, somente se aplica para afastar a multa moratória, que é aquela devida em função do tributo declarado e não pago no prazo legal.

15. O procedimento usual para a cobrança de tributos é o seguinte: a) tributo declarado e não pago tempestivamente: a obrigação principal, paga em momento

posterior ao do vencimento, será acrescida de juros moratórios e multa de mora, inexistindo denúncia espontânea, pois o cumprimento da obrigação acessória (entrega da Declaração *do tributo devido*) descaracteriza a espontaneidade do contribuinte; b) tributo não declarado e não pago: o pagamento extemporâneo será acrescido exclusivamente de juros de mora, nos termos do art. 138 do CTN, se realizado antes do início de medida fiscalizatória.

16. A exceção prevista no art. 47 da Lei 9.430/1996 é *aplicável exclusivamente para os casos de tributos declarados e não pagos*: iniciada a fiscalização (que desqualifica o instituto da denúncia espontânea), facultou-se ao contribuinte providenciar o pagamento, no prazo máximo de vinte dias (contados do recebimento do termo de início da medida fiscalizatória), *do tributo por ele previamente declarado*, com os benefícios do art. 138 do CTN (ou seja, principal + juros moratórios). Nesse contexto, se a autuação fiscal constatar que o tributo devido é superior ao que foi declarado, procede-se da seguinte forma: a) em relação ao tributo declarado e pago no prazo do art. 47 da Lei 9.430/1996, não será devida multa moratória, mas apenas o principal e os juros moratórios, e b) quanto à eventual diferença do tributo declarado como devido (isto é, apurou-se que o contribuinte deve mais do que ele declarou), haverá lançamento de ofício da diferença, com imposição, sobre essa parcela (sobre a diferença), da multa de 75%, com base no art. 44, I, da Lei 9.430/1996. Havendo pagamento com atraso do tributo declarado, será possível abater, do valor apurado na fiscalização, a quantia paga a destempo.

17. Como, na hipótese dos autos, não houve, por parte do contribuinte, declaração tempestiva a respeito da existência de ganho de capital, bem como do tributo incidente na operação de venda com ganho de capital, encontra-se hígido o lançamento, ou seja, revela-se devida a imposição da multa de ofício.

Conclusão

18. Voto-vista encaminhado no sentido de dar provimento ao Recurso Especial do ente público, com vênias da posição em sentido contrário.

Como visto, a divergência gravita em torno do atendimento, ou não, dos pressupostos fáticos previstos no art. 47 da Lei 9.430/96, para afastar a multa de ofício.

O dispositivo legal em questão possui o seguinte teor:

Art. 47. A pessoa física ou jurídica submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início de fiscalização, os tributos e contribuições já declarados, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, com os acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo.

*A premissa fática delineada na sentença – no sentido de que “o contribuinte e ora embargante declarou expressamente em sua Declaração de Ajuste Anual Simplificada - 2007, no campo referente à Declaração de Bens e Direitos, a venda do veículo BMW, em 20/12/2006, (...) por R\$ 116.000,00” – foi confirmada pelo acórdão do Tribunal de origem, do qual se extrai que “o contribuinte declarou alienação de veículo em 2006 em que houve ganho de capital, nada recolhendo a título de imposto de renda. O Fisco iniciou em 20.06.08 procedimento fiscal para apuração de tributo tendo intimado o contribuinte em 26.6.08, para esclarecimentos e comprovação de pagamento. Em 04.07.08, foi recolhido o tributo (R\$ 8.400,00), multa de mora (R\$ 1.680,00) e juros (R\$ 1.384,32) - procdm1 - ev. 7.”. Assim, entendo, data venia, que deve prevalecer o entendimento adotado pelos Ministros **Mauro Campbell Marques** e **Og Fernandes**.*

Com efeito, conforme consta do item 3 da ementa proposta pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, a situação dos autos enquadra-se no art. 47 da Lei 9.430/96. Isto porque o contribuinte, muito embora não tenha declarado o IR sobre o ganho de capital, informou na declaração de ajuste os valores de aquisição e alienação do veículo (conforme e-STJ fls. 31) e, intimado em 26.6.2008, efetuou o pagamento do tributo somado à multa de mora e juros de mora em 04.07.2008, dentro do prazo de 20 dias previsto no art. 47, da Lei 9.430/96.

Concordo com o Ministro *Mauro Campbell Marques*, que considerou ter havido a declaração exigida, para fins de aplicação do art. 47 da Lei 9.430/96, a afastar a incidência da multa de ofício, interpretação do dispositivo legal que prestigia a boa-fé do contribuinte.

Comungo também do mesmo entendimento do Ministro *Og Fernandes*, no sentido de que se tem “por satisfeita a exigência legal, descabendo potencializar o fato de não haver sido feita a declaração em campo específico”.

Ante o exposto, pedindo a mais respeitosa vênua à divergência, acompanho o Relator, para negar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.761.059-SP (2017/0321474-3)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Candido Guinle de Paula Machado - Espólio

Recorrente: Maria Cecília Pedrosa de Paula Machado - por si e representando
Recorrente: Francisco de Paula Machado
Recorrente: Elizabeth Vanzolini de Paula Machado
Recorrente: Guilherme de Paula Machado
Recorrente: Patrícia Noronha de Sa
Recorrente: Jose Pedrosa de Paula Machado
Recorrente: Maria Beatrice Botkay Skowronski
Recorrente: Carlos Alberto da Veiga Sicupira
Recorrente: Cecília de Paula Machado Sicupira
Recorrente: Eduardo de Paula Machado
Recorrente: Maria Isabel Palhares
Recorrente: Miguel de Paula Machado
Recorrente: Maria Luisa Vilhena Arantes Pedroso de Paula Machado
Recorrente: Pedro de Paula Machado
Advogados: Fábio Mesquita Ribeiro - SP071812
 Janaina Daloia Ruzzante - SP257397
 Lívia Gonçalves Buzolin - SP336314
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo
Procurador: Julia Cara Giovannetti e outro(s) - SP234469

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Enunciado Administrativo 2/STJ. Intervenção do Estado na propriedade. Tombamento de parcela de imóvel. Faixa de floresta tropical. Esvaziamento econômico. Desapropriação indireta. Prescrição da pretensão indenizatória. Violação a normativos federais. Negativa de prestação jurisdicional. Configuração. Anulação do julgado.

1. Verificado não haver a origem se debruçado sobre determinada tese imprescindível ao correto deslinde da causa, embora tenha sido oportunamente instada a fazê-lo, estão configuradas a inobservância ao dever de prestação jurisdicional e a violação ao art. 535 do CPC/1973.

2. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin (voto-vista) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 1º.7.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: O espólio de Cândido Guinle de Paula Machado e outros interpõem recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a” e “c”, da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Embargos Infringentes. Ação Rescisória. Acórdão originário que, por maioria de votos, dá pela procedência da ação. Manutenção. Não reconhecimento da evidente situação de prescrição. Violação à literal disposição de lei (art. 1º do Decreto n. 20.910/32). Constituição de dever de indenizar relativamente a área de reserva legal obrigatória. Impossibilidade. Violação à literal disposição do art. 16, II, do Código Florestal. Falsidade objetiva da prova pericial Ocorrência. Julgamento colegiado mantido. Embargos infringentes rejeitados.

(TJSP; Embargos Infringentes 0157800-53.2007.8.26.0000; Relator (a): Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 3º Grupo de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8. Vara; Data do Julgamento: 13/04/2015; Data de Registro: 16/04/2015)

O Estado de São Paulo ajuizou ação rescisória em face do espólio de Cândido Guinle e de outros com o fim de desconstituir o julgamento da *Apelação Cível n. 319.903-5/0-00* cujo acórdão foi assim ementado:

Tombamento. Mancha residual de floresta tropical. CONDEPHAAT.

- Anulação de deliberação - Cumulação de pedido de indenização, à vista da constrição do imóvel em decorrência da atividade administrativa. Tombamento necessário, visando preservar o interesse da coletividade. Áreas de valor ecológico e científico. Indenização todavia devida, porquanto terras produtivas, de rico valor, topografia excelente e infraestrutura erigida pelos proprietários e Poder Público. Se o Estado almeja preservar a área em testilha, deve assumir o ônus da indenizado, porque cuida-se de tombamento diverso daqueles realizados na serra do mar "vg.," onde, em regra, pela topologia da área, são inaproveitáveis e não cabe indenização pelas suas características, parâmetro, este, utilizado pelo Juízo "a quo" para negar a indenização. Indenização de acordo com o efetivo prejuízo que os autores suportaram pela impossibilidade de uso da terra que podiam explorar e, em razão do processo de tombamento ficaram impedido de fazê-lo. Rejeição da prescrição vintenária, eis que não consumada. Recurso dos autores parcial mente provido. Agravo retido não conhecido.

Diz a controvérsia sobre uma condenação sofrida em decorrência de uma desapropriação indireta promovida em imóvel dos ora recorrentes.

Alegavam na ação proposta em 1995 que um imóvel denominado Fazenda São Francisco, com área de 212,243 alqueires no Município de Rio Claro e 305,861 alqueires no Município de Araras, havia sido atingido por uma deliberação adotada pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico - CONDEPHAAT, que tombara uma "mancha residual de floresta tropical" localizada nesse imóvel, que já havia sido inserido em área de proteção ambiental (APA) por força do Decreto Estadual n. 22.717/1984.

Embora a sentença tenha sido de improcedência do pedido, por reconhecer o magistrado que se trata de simples restrição administrativa a qual não impedia a regular exploração do imóvel, tanto assim que isso ocorria concretamente, o Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve de prover o recurso de apelação para a acolhida da pretensão indenizatória, que veio a transitar.

A ação rescisória teve múltipla fundamentação.

O Estado de São Paulo alegou *violação literal de dispositivo de lei para o art. 1º do Decreto 20.910/1932*, porque em se tratando de limitação decorrente de ato administrativo havia observar-se a prescrição quinquenal, *para o art. 16 da Lei 4.771/1965 (Código Florestal)*, porque o limite de vinte por cento constituinte da reserva legal abrangia a área atingida com o tombamento, e *para os arts. 5º, inciso XXIV, e 37, § 6º, da Constituição da República, e para os arts. 159 e 1.523 do Código*

Civil de 1916, porque a indenização representava um enriquecimento sem causa dos particulares na medida em que não houvera desapropriação indireta, tanto assim que inexistente a transferência de domínio do imóvel, o valor apurado igualmente sendo demasiado, perfazendo em 2006 quinze milhões de reais.

Afirmava ainda que o acórdão devia ser rescindido ante a falsidade de prova (art. 485, inciso VI, do CPC/1973).

Segundo o Estado de São Paulo, havia um imóvel maior denominado “Fazenda São José” a qual tinha área aproximada de 5.900 ha (cinco mil e novecentos hectares) na qual se localizavam as três manchas residuais de mata tropical, que somavam 580 ha (quinhentos e oitenta hectares, portanto inferior a vinte por cento do total).

Essa fazenda havia sido desmembrada em outras cinco, de forma que das três manchas residuais duas passaram a integrar a “Fazenda São Francisco”.

O problema era que por disposição do Código Florestal de 1965 nenhum imóvel podia ser desmembrado com o fim de diminuir a área de reserva legal, de modo que para todos os efeitos essa área deveria corresponder à “glebamae”, perfazendo 1.180,6050 ha (um mil, cento e oitenta hectares, sessenta ares e cinquenta centiares), mas quando o perito entregou o seu lado indicou como área de reserva legal um montante de 250,7620 ha (duzentos e cinquenta hectares, setenta e seis ares e vinte centiares), isso por atrelar o cálculo apenas ao tamanho da fazenda desmembrada.

A área correspondente às duas manchas residuais correspondia a 427,66 ha (quatrocentos e vinte e sete hectares e sessenta e seis centiares) e isso seria equivalente a trinta e três por cento da fazenda desmembrada, superando, portanto, o limite de vinte por cento para a reserva legal, o cálculo empregado no aresto, com base no laudo pericial, culminando a indenizabilidade de área de reserva legal.

Ao julgar por maioria de votos a rescisória o Tribunal “a quo” reconheceu primeiramente tratar-se de simples tombamento de parte do imóvel, de sorte que a prescrição regulava-se realmente pelo Decreto 20.910/1932:

Reconheceu ainda que se tratava mesmo da hipótese do art. 16, § 2º, do Código Florestal, porque esse regramento já incidia e protegia as áreas referidas, que são áreas de mata atlântica, de maneira que era esse normativo e não o tombamento que impunha a restrição no imóvel dos ora recorrentes, bem como pontuou a falsidade do laudo pericial porque resultava em cálculo aritmético ilegal, conforme o que antes havia exposto o Estado de São Paulo.

Vejamos:

Ação rescisória de acórdão - Pretensão à rescisão de acórdão que concedeu indenização fundada em desapropriação indireta decorrente de ato administrativo de tombamento.

1. Inexigibilidade de prévio esgotamento do “iter” recursal como condição de procedibilidade da ação rescisória.

2. Ação autônoma impugnativa tempestiva.

3. Fundamento no artigo 485, V, VI e IX do CPC.

4. Violação literal do art. 10 do Decreto n. 20.910/32, que define o prazo prescricional de pretensão em face da Fazenda do Estado em cinco anos

5. Inobservância expressa do art. 16 do Código Florestal que proíbe a exploração agrícola em área qualificada como “Reserva Legal”.

6. Tombamento que objetiva resguardar o valor ambiental do bem. Natureza jurídica de limitação administrativa e não desapropriação. Ausência do dever de indenizar

7. Na hipótese de indenização, tratar-se-ia de direito pessoal em que não se aplica a prescrição vintenária.

8. Perícia fundada em prova objetivamente falsa.

9. Afronta aos artigos 5º, XXV, artigo 37, § 6º, todos da CF, bem como artigos 159 e 1.523 do Código Civil vigente à época.

10. Procedente o pedido.

(TJSP; Ação Rescisória 0157800-53.2007.8.26.0000; Relator (a): Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 3º Grupo de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8. Vara; Data do Julgamento: 17/12/2012; Data de Registro: 07/01/2013)

Como a rescisão foi determinada por maioria de votos sobrevieram embargos infringentes, que apenas mantiveram esse julgamento mediante o acórdão cuja ementa foi assim redigida:

Embargos Infringentes. Ação Rescisória. Acórdão originário que, por maioria de votos, dá pela procedência da ação. Manutenção. Não reconhecimento da evidente situação de prescrição. Violação à literal disposição de lei (art. 1º do Decreto n. 20.910/32). Constituição de dever de indenizar relativamente a área de reserva legal obrigatória. Impossibilidade. Violação à literal disposição do art. 16, II, do Código Florestal. Falsidade objetiva da prova pericial Ocorrência. Julgamento colegiado mantido. Embargos infringentes rejeitados.

(TJSP; Embargos Infringentes 0157800-53.2007.8.26.0000; Relator (a): Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 3º Grupo de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8. VARA; Data do Julgamento: 13/04/2015; Data de Registro: 16/04/2015)

O recurso especial é de interesse dos particulares.

Fala-se em violação ao art. 535 do CPC/1973 porque não examinados os argumentos considerados relevantes para o correto deslinde da controvérsia.

Aduzem ainda que também foi violado o art. 485, inciso V, do CPC/1973, porque não era possível concluir pela violação ao art. 1º do Decreto Federal 20.910/1932 na medida em que o aresto em nenhum momento fez aplicar essa regra, mas o sentido da violação de literal disposição de lei diz com a necessidade de que isso tenha ocorrido.

Dessa forma, a aplicação do art. 177 do Código Civil de 1916 não significava necessariamente a violação literal ao art. 1º do Decreto 20.910/1932.

Por outro lado, a natureza da pretensão que objetiva a indenização pelo tombamento era controversa e a Súmula 343/STF diz que a rescisória nesses casos não será cabível nessas hipóteses.

Salientam ainda que também o art. 485, inciso VI, do CPC/1973, igualmente fora malversado.

Nesse sentido, defendem que a procedência da rescisória por essa hipótese está fundada em que a prova alardeada como falsa tenha sido a base para o julgamento que se pretende desconstituir, ou seja, o julgamento num dado sentido sem essa prova não existiria.

No caso concreto, contudo, o laudo pericial, mesmo na conjectura de ser falso, não seria o fundamento inafastável do julgamento, porque o direito à indenização era embasado no próprio ato administrativo de tombamento e o laudo servira meramente para dimensionar a extensão do dano, não se olvidando demais disso que o laudo não era falso.

Adiante, os recorrentes afirmam que o acórdão impugnado incorrera em violação aos arts. 1º e 4º do Decreto Federal 20.910/1932 e ao art. 10 do Decreto-Lei 25/1937.

Sobre isso, sustentam que o art. 4º mencionado consigna regra de suspensão do curso do prazo prescricional a qual, no caso, surgira quando o procedimento de tombamento fora instaurado em 08/04/1981 e os recorrentes defenderam-se em seguida, em 27/09/1982.

Como o processo teria ficado paralisado até 14/03/1994, quando enfim o CONDEPHAAT julgou a recomendação de ratificação do tombamento, somente a partir disso curso voltou a tramitar, daí por que a propositura da demanda em 16/02/1995 confirmava a pretensão sem prescrição.

Houve ainda, segundo alegam, a violação ao art. 6º do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e ao art. 16, § 2º, do Código Florestal de 1965, porque um dos fundamentos do acórdão foi a vedação ao desmembramento de imóvel quando isso importasse a redução da área de reserva legal.

No entanto, essa vedação teria sido instituída por força da Lei 7.803/1989, dez anos depois do desmembramento, que ocorrera em 1979, de sorte que a aplicação do preceito do Código Florestal importava retroatividade de lei para prejudicar ato jurídico perfeito, ou seja, para tornar ilegal um desmembramento o qual ao tempo em que ocorrera era absolutamente consentâneo com a lei.

Por fim, os recorrentes assertam o malferimento aos arts. 159 e 1.523 do Código Civil de 1916, uma vez que o tombamento empreendido pelo Estado de São Paulo teve o condão de reduzir a disponibilidade do direito de propriedade, que daí em diante não pôde mais ser explorado economicamente.

Sem contrarrazões (e-STJ fl. 1.807).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do agravo, segundo os termos reproduzidos na ementa assim redigida (e-STJ fls. 1.914/1.921):

Processual Civil. Ação rescisória. Agravo em recurso especial. Alegação genérica de omissão. Súmula 284/STF. Suposta ofensa aos artigos 4º do Decreto 20.910/32, 10 do Decreto-Lei 25/37, 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 159 e 1.523 do CC/16. Prequestionamento. Inocorrência. Alegada autenticidade do laudo pericial. Necessidade de dilação probatória. Súmula 7/STJ.

1 – Não basta que o recorrente indique, de forma genérica, haver omissão do acórdão recorrido, para que seja acolhida a violação ao artigo 535 do CPC. É necessário demonstrar, de forma clara e precisa, no que consistiria a suposta omissão, esclarecendo e articulando as razões pelas quais foi suscitado e omitido cada dispositivo, o que não fizeram os recorrentes.

2 – O acórdão hostilizado não debateu a extensão e o alcance dos artigos 4º do Decreto 20.910/32, 10 do Decreto-Lei 25/37, 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 159 e 1.523 do CC/16, sequer implicitamente. Com efeito, a ausência de questionamento da matéria impugnada atrai a incidência, na espécie, do óbice da Súmula 211/STJ, que não admite o recurso especial quanto

às questões não apreciadas pela instância a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração.

3 – A tese defendida pelos recorrentes, de que não houve falsidade na perícia que embasou o acórdão rescindendo, esbarra na Súmula 7/STJ, tendo em vista a impossibilidade de se reexaminar fatos e provas na via estreita do REsp.

4 – Parecer pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Com razão o recorrente.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2/STJ: *“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”*

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Estado de São Paulo com o fim de desconstituir acórdão de julgamento de ação de desapropriação indireta manejada pelos ora recorrentes.

Segundo se infere dos autos a pretensão indenizatória estava fundada no fato de o imóvel denominado “Fazenda São Francisco”, localizado no Município de Rio Claro”, abranger um determinado perímetro no qual existia “uma mancha residual de floresta tropical”, tendo essa “mancha” sido objeto de procedimento de tombamento administrativo realizado pelo Estado de São Paulo.

Como esse procedimento teria alegadamente esvaziado o potencial econômico da fazenda, os seus proprietários propuseram a ação indenizatória e sua pretensão foi ao fim acolhida, tendo transitado em julgado.

Por variados fundamentos o Estado de São Paulo pretendia a sua rescisão, que foi acolhida na origem em julgamento por maioria de votos, disso havendo a interposição de embargos infringentes, cujo acórdão de julgamento é o que se traz a reexame por este Tribunal Superior.

Disse o Tribunal “a quo” que tinha havido a violação a literal dispositivo de lei porque a pretensão não tinha cunho real, mas pessoal, e por isso a prescrição

era quinquenal, que se implementara no caso concreto; além disso, apurou ainda que a limitação era preexistente e remontava ao Código Florestal de 1965.

Na petição dos infringentes a insurreição dos recorrentes assentava-se em duas grandes premissas, a primeira delas concentrada na questão da prescrição, em que reiteravam a questão do caráter real da pretensão — e, portanto, de a prescrição ser vintenária — bem como a necessidade, confirmada a hipótese de a prescrição ser quinquenal, de consideração da regra do art. 4º do Decreto Federal 20.910/1932, ou seja, de regra de interrupção do lapso.

Quanto à questão da incidência da regra prevista no Código Florestal de 1965, o argumento remontava à cadeia dominial da propriedade.

A “Fazenda São Francisco” surgira a partir do desmembramento de uma outra fazenda denominada “São José”, da qual os ora recorrentes detinham parcela do condomínio.

Quando do desmembramento, vigorava um texto no Código Florestal de 1965 que não impunha aos seus proprietários a observância de determinado limite percentual para fins de constituição de reserva legal, o que veio a ocorrer apenas com a modificação do art. 16, realizada quando já operada a divisão.

Essa questão implicava que a área tombada pelo Estado de São Paulo não podia estar inserida na área da reserva legal porque a regulação da matéria era outra, e assim sendo, ao atingir área distinta, provocara o esvaziamento econômico ensejador da reparação de danos.

Ao julgar os embargos infringentes o Tribunal houve de manifestar-se sobre a natureza pessoal, e não real, da pretensão, sobre a prescrição ser quinquenal e sobre a incidência do preceito legal constante do Código Florestal de 1965 a despeito do desmembramento, mas nada disse sobre a eventual interrupção do curso da prescrição, nos termos do art. 4º do Decreto Federal 20.910/1932.

Esse, portanto, é o único ponto suscitado na petição dos embargos infringentes que não foi abordado no acórdão impugnado e que tem real aptidão de ensejar a modificação do julgado, de maneira que aqui reconheço a omissão do Tribunal da origem, a provocar a violação ao art. 535 do CPC/1973.

Nesse ensejo cito: *REsp 1.280.943/SP* (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 29/08/2013), *AgRg no AgRg no AREsp 247.364/PR* (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013, DJe 13/05/2013), *REsp 726.934/RJ* (Rel.

Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 01/07/2009), *REsp* 955.558/SP (Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 18/09/2007, p. 295), *AgRg no REsp* 802.358/AM (Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 26/10/2006, p. 238) e *REsp* 437.191/SP (Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 267).

Cumpra ressaltar que os recorrentes sustentam uma série de outras teses as quais deveriam ter sido debatidas na instância ordinária mas que igualmente não foram versadas no acórdão impugnado, como (a) a violação ao art. 485, inciso V, do CPC/1973, face a impossibilidade de reconhecimento da violação ao art. 1º do Decreto Federal 20.910/1932, porque tema não tratado no aresto, ou (b) a violação ao art. 485, inciso VI, do CPC/1973, porque a rescisória somente poderia ser baseada nesse preceito se o aresto estivesse exclusivamente baseado em prova falsa, mas não era esse o caso dos autos, isso sem olvidar das teses referentes à prescrição e ao Código Florestal, bem como à necessidade de indenização face o tombamento ter ocasionado o esvaziamento econômico da propriedade.

Essas teses, como fiz ver, ou foram efetivamente enfrentadas no acórdão de julgamento dos infringentes, ou não foram versadas na respectiva petição recursal, mas surgiram apenas por ocasião dos embargos de declaração, e por isso o Tribunal “a quo” não tinha o dever de prestação jurisdicional uma vez constituírem inovação recursal.

Em nenhum desses casos configura-se a violação ao art. 535 do CPC/1973, na primeira hipótese porque houve apenas o julgamento contrário aos interesses de uma das partes, forte em nossa jurisprudência de que cito o *AgRg no REsp* 1.262.411/PB (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013), o *AgRg no AREsp* 357.187/RJ (Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 02/10/2013), os *EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp* 318.640/DF (Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013) e o *AgRg no REsp* 1.089.753/RS (Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 02/09/2013).

No segundo, como disse, trata-se de inovação recursal: *EDcl no AgRg no REsp* 1.228.113/SC (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013), *REsp* 1.401.028/SP (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013), *AgRg no*

REsp 1.339.920/RS (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013), *EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.161.354/SC* (Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013) e *EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.373.721/RS* (Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 10/10/2013).

Assim, dou provimento parcial ao recurso especial para anular parcialmente o acórdão da origem e determinar ao Tribunal “a quo” o rejuízo dos embargos de declaração, mas dessa feita examinando e emitindo juízo de valor, da forma como lhe aprouver, no que referente à tese de interrupção do lapso prescricional, conforme descrito ainda na petição dos embargos infringentes.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Ação rescisória. Alegação de ofensa ao artigo 4º do Decreto 20.910/1932. Tema não examinado. Omissão relevante. Configuração. Anulação do acórdão recorrido.

1. Trata-se, na origem, de Ação Rescisória julgada procedente, para desconstituir acórdão que reconheceu direito a indenização em virtude de apossamento administrativo decorrente de tombamento. Entendeu o Juízo *a quo* que se deveria afastar a pretensão ressarcitória, por haver no caso “evidente situação de prescrição”, ofensa ao Código Florestal então vigente e falsidade na prova pericial. O Estado de São Paulo alega que “os ora réus pleitearam indenização em decorrência de tombamento provisório de manchas de florestas, ato administrativo que à toda evidência, além de provisório, não causa qualquer restrição ao uso do bem, sendo, pois, indenizável” e que “a condenação levou em conta laudo pericial que, ao omitir dado essencial, apurou valor indenizatório de áreas inexploráveis, por força de legislação federal”.

2. Acolhendo a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973, o eminente Relator deu provimento ao Recurso Especial, com determinação de que se procedesse nas instâncias ordinárias à análise fundamentada do art. 4º do Decreto 20.910/1932.

3. De fato, nos Embargos Infringentes opostos na origem alegou-se ofensa ao referido preceito, tema não enfrentado pelo Juízo *a quo*

no respectivo julgamento. Foram opostos Embargos de Declaração, sendo alegadas diversas omissões, entre as quais a de que “o v. acórdão tampouco se pronunciou sobre a suspensão do prazo prescricional, nos termos do art. 4º do Decreto n. 20.910/32, em razão de os Embargantes terem contestado o processo de tombamento na esfera administrativa”. Os Aclaratórios foram rejeitados, tendo o Tribunal de origem se limitado a afirmar sobre o ponto que “a questão da prescrição foi devidamente avaliada a fls. 1.605, onde se registrou que era evidente a prescrição consumada”.

4. Embora a matéria de fundo esteja pacificada no STJ, no sentido de que descabe indenização nas hipóteses descritas nas alegações do Estado de São Paulo, certo é que, *in casu*, configura-se omissão relevante a ensejar a anulação do acórdão recorrido por ofensa ao art. 535 do CPC/1973. O Apelo foi interposto sob o Código anterior, sendo “Inviável aplicar o disposto no art. 1.025 do CPC/15 quanto ao prequestionamento ficto a recurso especial submetido ao CPC/73” (AgInt no AREsp 1.097.602/SP, Relator Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 17.12.2019).

5. Acompanho o eminente Relator, a fim de dar provimento ao Recurso Especial, para determinar que o Tribunal de origem se pronuncie, de forma fundamentada, sobre a alegação de ofensa ao art. 4º do Decreto 20.910/1932.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão que julgou procedente pedido feito em Ação Rescisória. A decisão foi assim ementada:

Embargos Infringentes. Ação Rescisória. Acórdão originário que, por maioria de votos, dá pela procedência da ação. Manutenção. Não reconhecimento da evidente situação de prescrição. Violação à literal disposição de lei (art. 1º do Decreto n. 20.910/32). Constituição de dever de indenizar relativamente a área de reserva legal obrigatória. Impossibilidade. Violação à literal disposição do art. 16, II, do Código Florestal. Falsidade objetiva da prova pericial. Ocorrência. Julgamento colegiado mantido. Embargos infringentes rejeitados.

Acolhendo a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973, o eminente Relator deu provimento ao Recurso Especial, com determinação de que se procedesse nas instâncias ordinárias à análise fundamentada do art. 4º do Decreto 20.910/1932.

Constato que nos Embargos Infringentes opostos às fls. 1.642-1.670, e-STJ, o recorrente sustentou que “o processo de tombamento da ‘Fazenda São Francisco’ [...] foi contestado pelos réus, [...] ficou paralisado, e somente em 14.3.1994 [...] é que o processo foi retomado”. E concluiu: “O prazo prescricional iniciado em 1981 teve seu curso suspenso a partir 27.9.1982 e só foi retomado em 1994 quando esgotada a esfera administrativa, portanto, ajuizada a ação em 1995, *não há que se falar na prescrição quinquenal*, por força do que dispõe o art. 4º do *Decreto 20.910/32*”.

O recurso foi rejeitado, o que levou o recorrente a opor Embargos de Declaração às fls. 1.728-1.734, e-STJ, alegando diversas omissões e também que “o v. acórdão tampouco se pronunciou sobre a suspensão do prazo prescricional, nos termos do art. 4º do Decreto n. 20.910/32, em razão de os Embargantes terem contestado o processo de tombamento na esfera administrativa”.

Os Aclaratórios foram rejeitados pela decisão proferida às fls. 1.736-1.742, e-STJ, tendo o Tribunal de origem se limitado a afirmar sobre o ponto que “a questão da prescrição foi devidamente avaliada a fls. 1.605, onde se registrou que era evidente a prescrição consumada”.

Embora a matéria de fundo esteja pacificada no STJ, no sentido de que descabe indenização nas hipóteses descritas nas alegações do Estado de São Paulo, certo é que, *in casu*, configura-se omissão relevante a ensejar a anulação do acórdão recorrido, por ofensa ao art. 535 do CPC/1973, mas somente quanto à prescrição. O Apelo foi interposto sob o Código anterior, sendo “inviável aplicar o disposto no art. 1.025 do CPC/15 quanto ao prequestionamento ficto a recurso especial submetido ao CPC/73”.

Ante o exposto, acompanho o Relator, a fim de dar provimento ao Recurso Especial e determinar que o Tribunal de origem se pronuncie, de forma fundamentada, sobre a alegação de ofensa ao art. 4º do Decreto 20.910/1932.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.868.072-RS (2020/0068170-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: CPX Distribuidora S/A

Advogados: Nilton André Sales Vieira - SC018660B

Liliane Quintas Vieira - SC031653

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Paulo Roberto Basso - RS025762

EMENTA

Processual Civil. Mandado de segurança, apelação. Resultado não unânime. Ampliação do colegiado. Art. 942 do CPC/2015. Incidência.

I - Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão que, em decisão por maioria em apelação, deixou de observar a técnica de ampliação do colegiado, que determina novo julgamento do recurso, prevista no art. 942 do CPC/2015, sob o fundamento de que o mandado de segurança permanece regulado por sua lei específica, nos termos do art. 1.046, § 2º, do CPC/2015.

II - O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 942, institui a técnica de ampliação do colegiado, segundo a qual o julgamento não unânime da apelação terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, convocados em número suficiente para possibilitar a inversão do resultado inicial obtido.

III - A técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC/2015, tem por finalidade aprofundar as discussões relativas à controvérsia recursal, seja ela fática ou jurídica, sobre a qual houve dissidência. Cuida-se de técnica de julgamento, e não de modalidade de recursal, conforme depreende-se do rol de recursos enumerados no art. 994 do CPC/2015, razão pela qual a sua aplicação é automática, obrigatória e independente da provocação das partes. Precedentes: REsp n. 1.846.670/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; e REsp n. 1.762.236/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/2/2019, DJe 15/3/2019.

IV - O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), ao entrar em vigor, revogou o Código de Processo Civil de 1973

(CPC/1973), nos termos do art. 1.046, *caput*, do CPC/2015. Todavia, as disposições especiais dos procedimentos regulados por leis específicas permaneceram em vigor, mesmo após o advento do novel diploma legal, consoante o previsto no art. 1.046, § 2º, do CPC/2015, de maneira que as disposições especiais pertinentes ao mandado de segurança seguem reguladas pela Lei n. 12.016/2009. Contudo, ao contrário do que ficou assentado no acórdão recorrido, a Lei n. 12.016/2009, responsável por disciplinar o mandado de segurança, não contém nenhuma disposição especial acerca da técnica de julgamento a ser adotada nos casos em que o resultado da apelação for não unânime. Enquanto o art. 14 da Lei n. 12.016/2009 se limita a preconizar que contra a sentença proferida em mandado de segurança cabe apelação, o art. 25 da Lei n. 12.016/2009 veda a interposição de embargos infringentes contra decisão proferida em mandado de segurança.

V - Embora a técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC/2015, e os embargos infringentes, revogados junto com Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), possuam objetivos semelhantes, os referidos institutos não se confundem, sobretudo porque o primeiro compreende técnica de julgamento, já o segundo consistia em modalidade de recurso. Ademais: “(...) diferentemente dos embargos infringentes regulados pelo CPC/73, a nova técnica de ampliação do colegiado é de observância automática e obrigatória sempre que o resultado da apelação for não unânime e não apenas quando ocorrer a reforma de sentença” (REsp n. 179.8705/SC, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019).

VI - Conclui-se, portanto, que a técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC/2015, aplica-se também ao julgamento de apelação que resultou não unânime interposta contra sentença proferida em mandado de segurança. Precedente: REsp n. 1.817.633/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 17/9/2019, DJe 11/10/2019.

VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para anular o acórdão recorrido, bem como para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja convocada

nova sessão destinada ao prosseguimento do julgamento da apelação, nos moldes do disposto no art. 942 do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Liliane Quintas Vieira, pela parte recorrente: CPX Distribuidora S/A

Brasília (DF), 04 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 10.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela pessoa jurídica CPX Distribuidora S/A, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal.

Na origem, a pessoa jurídica ora recorrente impetrou um mandado de segurança em desfavor de autoridade reputada coatora vinculada ao Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o reconhecimento da ilegalidade do débito apurado no Auto de Lançamento n. 33634114, oriundo do inadimplemento do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços arrecadado através do mecanismo de substituição tributária (ICMS-ST).

Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 5.577.586,39 (cinco milhões, quinhentos e setenta e sete mil, quinhentos e oitenta e seis reais e trinta e nove centavos), em junho de 2017.

A segurança pleiteada foi denegada, sendo que, contra a sentença denegatória proferida, a parte impetrante interpôs apelação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria de votos, negou provimento à apelação, mantendo inalterada a sentença apelada. O acórdão prolatado foi assim ementado:

Apelação cível. Mandado de segurança. Auto de lançamento. Substituição tributária. Estabelecimentos interdependentes. Inexistência de eiva na legislação estadual. Voto vencido do relator. Julgamento concluído por não se aplicar o art. 942 ao mandado de segurança, conforme ressalva no art. 1.046, § 2º, ambos do CPC. Por maioria, apelação desprovida.

Os embargos de declaração opostos pela parte apelante contra o acórdão supramencionado não foram acolhidos.

Contra a decisão cuja ementa encontra-se acima transcrita, a pessoa jurídica CPX Distribuidora S/A interpôs o presente recurso especial, no qual indica a ofensa ao art. 942 do CPC/2015.

Sustenta, em resumo, que a técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC/2015, aplica-se também ao julgamento não unânime de apelação interposta contra sentença proferida em mandado de segurança.

Assinala, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial quanto à interpretação do dispositivo legal federal reputado malferido.

A parte recorrida apresentou contrarrazões pugnando pela negativa de conhecimento do recurso especial, ou ainda, pela negativa de provimento ao mesmo, com a consequente manutenção do acórdão recorrido. Na oportunidade, a parte recorrente argumentou que o reexame de fatos e provas não é admitido na via recursal eleita (Súmula n. 7/STJ), bem como que o recurso especial não se presta à análise da legislação local (Súmula n. 280/STF).

O recurso especial foi admitido no Tribunal de origem (fls. 187-194).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Inicialmente cumpre registrar que a controvérsia recursal versa sobre matéria eminentemente jurídica, razão pela qual a sua análise prescinde do revolvimento do conjunto de fatos e provas acostado aos autos, o que afasta a incidência, sobre a hipótese em tela, do óbice ao conhecimento do recurso especial constante do enunciado da Súmula n. 07 do STJ.

Ademais, a apreciação da questão controvertida prescinde do exame de lei local, limitando-se à análise da legislação infraconstitucional federal, motivo pelo qual fica afastada a incidência, por analogia, do óbice ao conhecimento recursal constante do enunciado da Súmula n. 280 do STF, sobre o caso em espeque.

No tocante à suposta ofensa ao art. 942 do CPC/2015, assiste razão à parte recorrente.

A análise dos autos revela que, embora a apelação interposta contra a sentença proferida na ação mandamental tenha sido desprovida por maioria de votos, ou seja, em julgamento não unânime, o Tribunal de origem deixou de aplicar, ao caso em tela, a técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942 do CPC/2015, sob o fundamento de que o mandado de segurança permaneceu regulado por sua lei específica, nos termos do art. 1.046, § 2º, do CPC/2015, responsável por disciplinar a matéria de modo próprio e diverso.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 942, institui a técnica de ampliação do colegiado, segundo a qual o julgamento não unânime da apelação terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, convocados em número suficiente para possibilitar a inversão do resultado inicial obtido. Estabelece o art. 942 do CPC/2015 que *in verbis*:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurando às partes e a eventuais terceiro do direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

A técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC/2015, tem por finalidade aprofundar as discussões relativas à controvérsia recursal, seja ela fática ou jurídica, sobre a qual houve dissidência nos votos que ensejaram o resultado não unânime da apelação. Cuida-se de técnica de julgamento, e não de modalidade recursal, conforme depreende-se do rol de recursos enumerados no art. 994 do CPC/2015, razão pela qual a sua aplicação é automática, obrigatória e independente da provocação das partes (se dá de ofício).

Acerca do assunto, destaco os seguintes precedentes:

Processual Civil. Art. 942, *caput*, do CPC. Julgamento não unânime de apelação posterior à vigência do CPC/2015. Técnica de ampliação do colegiado. Inobservância. Nulidade.

1. Conforme entendimento do STJ, o art. 942 do CPC/2015 não estabelece nova espécie recursal, mas técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência.

2. Com efeito, o STJ tem entendido que “diante da natureza jurídica *sui generis* da técnica de ampliação do colegiado, o marco temporal para aferir a incidência do art. 942, *caput*, do CPC/2015 deve ser a data da proclamação do resultado não unânime da apelação” (REsp 1.762.236/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 15/03/2019). No mesmo sentido: REsp 1.798.705/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 28/10/2019; AgInt no AREsp 1.309.402/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 23/05/2019).

3. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.846.670/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019.)

Recurso especial. Processo Civil. Art. 942, *caput*, do CPC/2015. Julgamento não unânime. Apelação. Técnica de ampliação do colegiado. Natureza jurídica. Incidência. Marco temporal. Abrangência. Nulidade. Configuração.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a aferir (i) qual o diploma adjetivo regulador do julgamento colegiado que se iniciou sob a vigência do CPC/1973, mas se encerrou na vigência do CPC/2015; (ii) sucessivamente, entendendo-se pela aplicação do CPC/2015, se era cabível a aplicação da sistemática do julgamento ampliado na hipótese em que a sentença é mantida por acórdão não unânime; e, no mérito, (iii) se há violação do direito exclusivo de exploração da marca validamente registrada “Empório Santa Maria” em virtude da utilização, como título de estabelecimento, do termo “Casa Santa Maria”.

3. Nos termos do art. 942, *caput*, do CPC/2015, quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada, com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.

4. O art. 942 do CPC/2015 não estabelece uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência.

5. O art. 942 do CPC/2015 possui contornos excepcionais e enuncia uma técnica de observância obrigatória pelo órgão julgador, cuja aplicabilidade só se manifesta de forma concreta no momento imediatamente posterior à colheita

dos votos e à constatação do resultado não unânime, porém anterior ao ato processual formal subsequente, qual seja a publicação do acórdão.

6. Diante da natureza jurídica *sui generis* da técnica de ampliação do colegiado, o marco temporal para aferir a incidência do art. 942, *caput*, do CPC/2015 deve ser a data da proclamação do resultado não unânime da apelação, em respeito à segurança jurídica, à coerência e à isonomia.

7. Na hipótese em que a conclusão do julgamento não unânime da apelação tenha ocorrido antes de 18/3/2016, mas o respectivo acórdão foi publicado após essa data, haverá excepcional ultratividade do CPC/1973, devendo ser concedida à parte a possibilidade de interposição de embargos infringentes, atendidos todos os demais requisitos cabíveis. Precedente da Terceira Turma.

8. Na hipótese de proclamação do resultado do julgamento não unânime ocorrer a partir de 18/3/2016, deve ser observado o disposto no art. 942 do CPC/2015.

9. A incidência do art. 942, *caput*, do CPC/2015 não se restringe aos casos de reforma da sentença de mérito, tendo em vista a literalidade da disposição legal, que não estabelece nenhuma restrição semelhante ao regime dos extintos embargos infringentes.

10. A redação do *caput* do art. 942 do CPC/2015, que dispõe acerca da apelação, é distinta do § 3º, que regulamenta a incidência da técnica nos julgamentos não unânimes de ação rescisória e agravo de instrumento, para os quais houve expressa limitação aos casos de rescisão ou modificação da decisão parcial de mérito.

11. Recurso especial provido para, acolhendo a preliminar de nulidade, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja convocada nova sessão de prosseguimento do julgamento da apelação, nos moldes do art. 942 do CPC/2015, ficando prejudicadas, por ora, as demais questões.

(REsp n. 1.762.236/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/2/2019, DJe 15/3/2019.)

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), ao entrar em vigor, revogou o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), nos termos do art. 1.046, *caput*, do CPC/2015. Todavia, as disposições especiais dos procedimentos regulados por leis específicas permaneceram em vigor, mesmo após o advento do novel diploma legal, consoante o previsto no art. 1.046, § 2º, do CPC/2015, de maneira que as disposições especiais pertinentes ao mandado de segurança seguem reguladas pela Lei n. 12.016/2009. Estabelece o art. 1.046, *caput* e § 2º, do CPC/2015 que *in verbis*:

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (...)

§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

Contudo, ao contrário do que ficou assentado no acórdão recorrido, a Lei n. 12.016/2009, responsável por disciplinar o mandado de segurança, não contém nenhuma disposição especial acerca da técnica de julgamento a ser adotada nos casos em que o resultado da apelação for não unânime. Enquanto o art. 14 da Lei n. 12.016/2009 se limita a preconizar que contra a sentença proferida em mandado de segurança cabe apelação, o art. 25 da Lei n. 12.016/2009 veda a interposição de embargos infringentes contra decisão proferida em mandado de segurança. Estabelecem respectivamente os arts. 14 e 25, ambos da Lei n. 12.016/2009, que *in verbis*:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.
(...)

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Embora a técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC/2015, e os embargos infringentes, revogados junto com Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), possuam objetivos semelhantes, os referidos institutos não se confundem, sobretudo porque o primeiro compreende técnica de julgamento, já o segundo consistia em modalidade de recurso. Ademais: “(...) diferentemente dos embargos infringentes regulados pelo CPC/73, a nova técnica de ampliação do colegiado é de observância automática e obrigatória sempre que o resultado da apelação for não unânime e não apenas quando ocorrer a reforma de sentença” (REsp n. 179.8705/SC, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019).

Conclui-se, portanto, que a técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do CPC/2015, aplica-se também ao julgamento de apelação que resultou não unânime interposta contra sentença proferida em mandado de segurança.

Nesse mesmo sentido, destaco o precedente que segue:

Processual Civil. Mandado de segurança, apelação. Acórdão não unânime. Art. 942 do CPC/2015. Incidência.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (Enunciado Administrativo n. 3).

2. A técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942 do CPC/2015 também tem aplicação para julgamento não unânime de apelação interposta em sede de mandado de segurança.

3. Hipótese em que o julgamento da apelação foi iniciado na sessão de 11/04/2018, com a apresentação de voto divergente pela manutenção da sentença, o que impõe a sua continuidade, com a extensão do colegiado.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.817.633/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 17/9/2019, DJe 11/10/2019.)

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento para anular o acórdão recorrido, bem como para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja convocada nova sessão destinada ao prosseguimento do julgamento da apelação, nos moldes do disposto no art. 942 do CPC/2015. Outrossim, diante deste provimento preambular, reputo prejudicado o recurso especial quanto à parcela recursal lastreada no art. 105, III, *c*, da Constituição Federal.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.885.365-PA (2020/0181046-6)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: União

Recorrido: Sotave Amazonia Quimica e Mineral S/A

Advogados: Fernanda Guimarães Hernandez - DF007009

Ives Gandra da Silva Martins - SP011178

Blader Henrique de Lira Soares - DF039527

Fatima Fernandes Rodrigues de Souza - SP026689

Interes.: Fundo de Investimento em Direitos Creditorios nao padronizados
Porto DESAP - Assistente

Advogados: Marcelo Lamego Carpenter Ferreira - RJ092518

André Luiz Souza da Silveira - DF016379

Guiomar Feitosa de Albuquerque Lima Mendes - DF002937

Jessica Baqui da Silva - DF051420

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Decadência. Termo final. Final de semana. Prorrogação para primeiro dia útil subsequente. Entendimento firmado em recurso repetitivo (REsp n. 1.112.864/MG). Recurso especial provido.

1. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região extinguiu a ação rescisória sem julgamento do mérito, em virtude do decurso do prazo decadencial, que teria se iniciado em 9/3/2011, tendo como dies ad quem 9/3/2013 (sábado). A petição inicial, contudo, somente foi protocolizada em 11/3/2013 (segunda-feira).

2. Tal posição vai de encontro ao entendimento fixado pela Corte Especial do STJ em julgamento de recurso repetitivo (REsp 1.112.864/MG), no sentido de que *“o termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente”*.

3. O precedente vinculante não restringiu seu alcance aos processos físicos. É digno de nota que, embora a Lei dos Processos Eletrônicos (Lei n. 11.419, de 19/12/2006) já existisse há vários anos por ocasião do julgamento que gerou o precedente, em 2014, este não fez nenhuma ressalva a esse tipo de procedimento.

4. A propósito, embora seja aplicável ao ponto o CPC/1973 - tendo em vista a ação rescisória ter sido ajuizada e extinta antes do advento do CPC/2015 -, a contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se igualmente aos processos físicos e digitais, o que corrobora a inexistência de discrimen a este respeito.

5. O STF adota posicionamento oposto ao do STJ nas ações rescisórias originárias a ele submetidas. Porém, não o faz com caráter de guardião da interpretação da Constituição Federal, mas sim na análise do conhecimento da ação rescisória. O que se discute no caso em tela é a interpretação de artigo de lei federal, mais especificamente, o art. 495 do CPC/1973. Assim, vale o entendimento do STJ sobre a matéria, pois, segundo o art. 105 da Carta Magna, é esta Corte a responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional no país.

6. A propósito, o CPC/2015 resolveu a questão no art. 975, § 1º, ao tratar da prorrogação do término do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória até o primeiro dia útil imediatamente subsequente, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense, *não trazendo qualquer tratamento diferenciado aos processos físicos ou eletrônicos*.

7. Recurso especial provido para determinar que o TRF-1ª Região supere a questão da decadência e julgue o mérito da ação rescisória como entender de direito, caso não haja outro impedimento formal. até que o julgue o mérito da ação rescisória.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 25.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto pela *União*, com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra

acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (e-STJ, fls. 1.765- 1.766):

Agravo regimental. Processual Civil. Ação rescisória. Prazo decadencial. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos. CPC, art. 495. Processo digital. Intempestividade.

1. "Interpretando-se o disposto no artigo 495 do Código de Processo Civil, o termo inicial da contagem do prazo bienal para a propositura da ação rescisória será o trânsito em julgado da última decisão posta no último recurso eventualmente interposto, momento em que já não cabe qualquer insurgência quanto à decisão rescindenda. Incidência da recente Súmula n. 401/STJ." (REsp 1.004.472, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, Terceira Turma, DJe 23/11/2000).

2. Tratando-se de processo digital, os atos processuais consideram-se realizados no dia e hora do seu efetivo envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico, como prevê o art. 3º, *caput*, da Lei 11.419, de 19/12/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

3. Proposta a ação quando já esgotado o prazo decadencial ditado pelo art. 495 do Código de Processo Civil, tem-se por manifesta a intempestividade da pretensão rescisória.

4. Agravo regimental da ré provido para acolher a preliminar de decadência do direito de manejo da ação rescisória, julgando-a extinta (art. 269, IV, do CPC). Agravo regimental da autora prejudicado.

Os embargos de declaração que se seguiram foram julgados no seguinte sentido (e-STJ, fls. 1.809-1.810):

Processual Civil. Embargos de declaração. Ação rescisória. Decadência. Processo extinto com julgamento do mérito (art. 269, IV). Condenação em honorários advocatícios. Omissão verificada. Embargos da ré acolhidos. Efeitos infringentes. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Embargos da autora rejeitados.

1. Nos termos do art. 535 do Código de Processo Civil, são cabíveis embargos de declaração quando no acórdão houver obscuridade, contradição ou quando for omitido algum ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, bem como para corrigir erro material no julgado.

2. Extinta a ação rescisória na forma do art. 269, IV, do CPC, não se arbitrou a verba advocatícia devida ao representante judicial da ré. Nesse sentido, é de se acolher os declaratórios para fixar os honorários advocatícios a cargo da autora em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, em obediência ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

3. No mais, inexistindo a alegada omissão no julgado, que se encontra devidamente fundamentado, incabíveis os embargos declaratórios, admissíveis com efeitos infringentes em casos excepcionalíssimos.

4. Os embargos de declaração não constituem instrumento jurídico próprio para exame das razões atinentes ao inconformismo da parte e tampouco são meio de revisão e rediscussão de matéria já decidida. Somente na sede dos recursos cabíveis é possível reabrir a discussão sobre o acerto ou o desacerto do acórdão.

5. A matéria necessária à solução da lide foi devidamente contemplada, não estando o julgador obrigado a discorrer sobre cada um dos argumentos trazidos pela parte recorrente. Basta que adote decisão fundamentada, necessária à solução da controvérsia (STJ, Turma, AgRg nos EDcl no de Ag 1.266.307/GO, Rel. Min. Castro Meira, 2a unânime, DJe 10/11/10).

6. Embargos de declaração da ré acolhidos para, sanando a omissão apontada, condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa. Embargos declaratórios da autora rejeitados.

A recorrente alega, em suma: 1) ofensa aos arts. 184, § 1º, e 495 do Código de Processo Civil de 1973, e 3º, *caput*, da Lei n. 11.419/2006 (alínea “a” do permissivo constitucional); e 2) o acórdão recorrido atribuiu à lei federal interpretação diferente da conferida por outro Tribunal (no caso, o próprio STJ, no Recurso Especial n. 1.112.864/MG, submetido ao regime do art. 543-C), tendo a irresignação seu fundamento na alínea “c” do permissivo Constitucional.

Aduz o seguinte:

Diz a ementa do acórdão que: “proposta a ação quando já esgotado o prazo decadencial ditado pelo art. 495 do Código de Processo Civil, tem-se por manifesta a intempestividade da pretensão rescisória.”

A teor do art. 495 do Código de Processo Civil, o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão, tendo por termo a quo o dia seguinte a esse marco.

In casu, o acórdão transitou em julgado em 09/03/2011, conforme se lê na certidão de fl. 5052, referente ao trânsito em julgado da última decisão proferida no feito, qual seja, Decisão do Exmo. Ministro Presidente do STF negando seguimento ao agravo interposto pela União Federal para garantir o destrancamento de recurso extraordinário não admitido na origem.

Assim, tem-se que o prazo para o ajuizamento da rescisória teve início no dia 10/03/2011 (nesse sentido: AR 3.931/MG, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, *Segunda Seção*, julgado em 29/02/2012, REPDJe 12/03/2012, DJe 09/03/2012).

Considerando, outrossim, que o dia 10/03/2013, último dia para o ajuizamento da rescisória, se trata de dia não útil (domingo), tem-se que, não obstante a natureza decadencial do prazo, há muito a jurisprudência do C. Superior Tribunal

de Justiça consolidou o entendimento de que o momento do protocolo se posterga para o primeiro dia útil seguinte, no caso, o dia 11/03/2013.

Neste sentido, destaque-se o Recurso Especial n. 1.112.864/MG julgado em sede de recurso repetitivo:

(...).

Perceba-se que, independentemente do posicionamento que se adote quanto ao início da contagem do prazo, o fato é que o prazo final, *dies ad quem*, se dá em dia não-útil. E nesse sentido, a questão que se coloca é saber se o prazo de 02 (dois) anos, previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil se prorroga para o primeiro dia útil seguinte, ou não.

E a resposta indubitável é que sim, o prazo previsto no art. 495 do CPC deve ser prorrogado para o dia útil seguinte, caso seu prazo final tenha ocorrido em dia não útil, de modo que o acórdão recorrido contraria frontalmente lei federal.

(...).

Registre-se que a Resolução Presi n. 39, de 03 de novembro de 2015, do E. TRF 1, revogou a Resolução Presi n. 20, de 02 de junho de 2015, em cumprimento à decisão do Conselho Nacional de Justiça, de modo que o peticionamento via e-proc pode ocorrer, inclusive, em processos que tramitem em autos físicos.

Seguindo a linha do acórdão recorrido, como qualquer, repita-se, qualquer processo pode receber petição via e-proc, tem-se por abolido do Processo Civil brasileiro os dias não-úteis, passando-se os prazos processuais a serem contados ininterruptamente, em dias corridos.

(...).

Portanto, o equívoco do entendimento exarado no acórdão é manifesto, na medida em que o fato do processo ser ou não eletrônico, não tem o condão de alterar os artigos 184 e 495 do CPC, de forma que o termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, caso recaia em dia de não funcionamento da secretaria, o que inclui sábados, domingos e feriados.

Conclui requerendo que seja o recurso provido “*para determinar que o Tribunal de origem supere a questão da tempestividade e julgue o mérito da ação rescisória*”.

Contrarrrazões apresentadas pela *Sotave Amazônia Química e Mineral S/A*, às e-STJ, fls. 1.891-1.906, tendo trazido diversos argumentos em defesa de seu pleito, requerendo, ao final, o não conhecimento do recurso especial, e, no mérito, o seu desprovimento.

Contrarrrazões apresentadas pela *International Finance Corporation* - IFC, às e-STJ, fls. 1.907-1.930, requerendo a admissão de sua resposta e seu ingresso neste feito, na qualidade de assistente simples da *Sotave*, e, ao final, que seja negado provimento ao recurso especial, em razão da ausência de violação de qualquer dispositivo de lei federal e de dissídio jurisprudencial.

Decisão da Vice-Presidência do TRF-1ª Região admitindo o recurso especial, às e-STJ, fls. 1.932-1.933.

Petição da *União*, às e-STJ, fls. 1.986-2.003, requerendo a juntada da decisão monocrática que concedeu efeito suspensivo ao presente recurso especial, na TP n. 2.772-PA.

Às e-STJ, fls. 2.008-2.011, parecer do Ministério Público Federal pelo parcial provimento do recurso, nesses termos:

11. No tocante ao mérito, tem-se que o art. 975 do Código de Processo Civil dispõe que: "O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. § 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense".

12. Ademais, tem-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente, como se deu no caso sob exame.

(...).

13. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo parcial provimento do recurso especial, tão somente para afastar a decadência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Tenho que a irrisignação merece prosperar.

No caso sob análise, a *União* ajuizou ação rescisória no TRF-1ª Região (proc. n. 0013757-42.2013.4.01.0000), para suspender os efeitos do acórdão recorrido e restabelecer a tutela antecipada deferida, determinando o sobrestamento

da execução do título judicial rescindendo, com a suspensão da inscrição do precatório expedido na Ação de Execução n. 0004314- 12.2010.4.01.3900, no que concerne às parcelas referentes aos juros compensatórios.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região extinguiu a ação rescisória sem julgamento do mérito, em virtude da ocorrência da decadência, como se lê na ementa (e-STJ, fls. 1.765-1.766):

Agravo regimental. Processual Civil. Ação rescisória. Prazo decadencial. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos. CPC, art. 495. Processo digital. Intempestividade.

1. "Interpretando-se o disposto no artigo 495 do Código de Processo Civil, o termo inicial da contagem do prazo bienal para a propositura da ação rescisória será o trânsito em julgado da última decisão posta no último recurso eventualmente interposto, momento em que já não cabe qualquer insurgência quanto à decisão rescindenda. Incidência da recente Súmula n. 401/STJ." (REsp 1.004.472, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, Terceira Turma, DJe 23/11/2000).

2. Tratando-se de processo digital, os atos processuais consideram-se realizados no dia e hora do seu efetivo envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico, como prevê o art. 3º, *caput*, da Lei 11.419, de 19/12/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

3. Proposta a ação quando já esgotado o prazo decadencial ditado pelo art. 495 do Código de Processo Civil, tem-se por manifesta a intempestividade da pretensão rescisória.

4. Agravo regimental da ré provido para acolher a preliminar de decadência do direito de manejo da ação rescisória, julgando-a extinta (art. 269, IV, do CPC). Agravo regimental da autora prejudicado.

A *ratio decidendi* do acórdão pode ser extraída do seguinte trecho do voto da Desembargadora relatora:

Logo, o prazo decadencial para a propositura da presente demanda rescisória iniciou seu curso em 09/03/2011, tendo como dies ad quem 09/03/2013 (sábado). A petição inicial, contudo, somente foi protocolizada em 11/03/2013 (segunda-feira), quando já transcorrido o biênio previsto no art. 495 do Código de Processo Civil, o que leva a concluir, desenganadamente, pela intempestividade da postulação.

Tratando-se de processo digital, como no caso, os atos processuais consideram-se realizados no dia e hora do seu efetivo envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico, como prevê o art. 3º, caput, da Lei 11.419, de 19/12/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

Consoante informou a Coordenadoria de Registros e Informações Processuais – CORIP a fl. 1.711, o sistema de Peticionamento Eletrônico (e-Proc) está à disposição de advogados e procuradores 24 horas por dia, ininterruptamente – inclusive em dias não úteis –, para o recebimento de petições via internet. Assim, as peças processuais eletrônicas enviadas aos sábados, domingos e feriados, conquanto recebam o horário de 00:00h do primeiro dia útil subsequente, têm a data do efetivo envio registrada no sistema.

A CORIP dá conta, ainda, de que esta ação - cujo prazo decadencial de dois anos escoou, repita-se, em 09/03/2013, um sábado - deu entrada eletronicamente no TRF/1ª Região apenas em 11/03/2013 (segunda-feira), quando já passava de 18h (folha de rosto do processo digital).

Como se percebe, a menos que tivesse demonstrado eventual indisponibilidade do sistema eletrônico de postulação no último dia do prazo fatal – o que não ocorreu na espécie –, o representante judicial da autora, muito embora pudesse peticionar até 00h00 do dia 09/03/2013, postergou a formalização da pretensão para o início da noite de 11/03/2013.

Nesses termos, proposta a ação quando já esgotado o prazo decadencial ditado pelo art. 495 do Código de Processo Civil, tenho-a por intempestiva.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo regimental da ré para acolher a preliminar de decadência do direito de manejo da ação rescisória, julgando-a extinta (art. 269, IV, do CPC).

Julgo prejudicado o agravo regimental da autora.

Fica revogada a decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela.

É como voto. (grifou-se)

Tal posição vai de encontro ao entendimento fixado pela Corte Especial do STJ em julgamento de recurso repetitivo (REsp 1.112.864/MG), assim ementado:

Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Processual Civil. Ação rescisória. Termo “a quo”. Data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Termo final em dia não útil. Prorrogação. Possibilidade. Recurso provido.

1. O termo “a quo” para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.

3. “Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito” (REsp 11.834/PB, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Quarta Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 30/03/1992).

4. Recurso especial provido, para determinar ao Tribunal de origem que, ultrapassada a questão referente à tempestividade da ação rescisória, prossiga no julgamento do feito, como entender de direito. Observância do disposto no art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil, c.c. os arts. 5º, inciso II, e 6º, da Resolução 08/2008. (REsp 1.112.864/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 19/11/2014, DJe 17/12/2014) (grifou-se).

O precedente vinculante não restringiu seu alcance aos processos físicos. É digno de nota que, embora a Lei dos Processos Eletrônicos (Lei n. 11.419, de 19/12/2006) já existisse há vários anos por ocasião do julgamento que gerou o precedente, em 2014, este não fez nenhuma ressalva a esse tipo de procedimento. Na verdade, o item 3 da ementa supratranscrita, que compõe a *ratio decidendi*, explicita justamente o oposto, ao mencionar que, “*em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito*”.

A propósito, embora seja aplicável ao ponto o CPC/1973 - tendo em vista a ação rescisória ter sido ajuizada e extinta antes do advento do CPC/2015 -, a contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se igualmente aos processos físicos e digitais, o que corrobora a inexistência de *discrímén* a este respeito.

O IFC alega que o repetitivo do STJ ofenderia os precedentes do STF sobre a matéria:

69. Por fim, registre-se que o precedente deste eg. STJ está em dissonância com os precedentes do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu reiteradamente acerca da não aplicação da norma do art. 184 do CPC/73 em caso de prazo decadencial:

Com efeito, sendo caso de decadência (Pontes de Miranda, *Tratado da Ação Rescisória*, 2ª ed., pp. 369-371; José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 1ª ed. atualizada, 2000, pp. 418; Sergio Gilberto Porto, *Comentários ao CPC*, vol. 6, 2000, pp. 392-393; Sálvio

de Figueiredo Teixeira, CPC Anotado, 7ª ed. p. 353; Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed., pp. 843-844), o prazo de propositura da ação rescisória estabelecido no art. 495 do CPC não se suspende, não se interrompe, nem se dilata (RE 114.920, rel. Min. Carlos Madeira, DJ 02.09.1988), mesmo quando o termo final recaia em sábado ou domingo, como na espécie. (Trechos do voto proferido na AR 2.001 AgR/SP. AG. REG. na Ação Rescisória. Ministra Relatora Ellen Gracie. Julgamento: 4/3/2009. Publicação 27/3/2009).

Tal alegação não merece acolhida. O STF, de fato, adota o posicionamento referido nas ações rescisórias originárias propostas em seu âmbito. Porém, não o faz com caráter de guardião da interpretação da Constituição Federal, mas sim na análise do conhecimento da ação rescisória.

O que se discute no caso em tela é a interpretação de artigo de lei federal, mais especificamente, o art. 495 do CPC/1973. Assim, vale o entendimento do STJ sobre a matéria, pois, segundo o art. 105 da Carta Magna, é esta Corte a responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional no país.

É por isso que o STF veda, de forma reiterada, o cabimento de recurso extraordinário para apreciar matéria infraconstitucional, a exemplo do enunciado nas Súmulas n. 636 (“*Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha reverter a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.*”), e 638 (“*A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário.*”) da Corte Suprema.

Nesse sentido, o art. 927, inc. IV, do CPC/2015 prescreve:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...). IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

Sobre o tema, trago a doutrina de Ravi Peixoto (*A superação de precedentes (overruling) no código de processo civil de 2015. Revista de Processo Comparado. Vol. 3/2016, p. 121-157, jan.-jun./2016.*):

Apenas a esses tribunais de cúpula (STF, STJ, TST, STM e TSE) compete a fixação de um entendimento uniformizador sobre a Constituição Federal e sobre legislação federal, cada um com a sua esfera de competência.

(...).

Por exemplo, em certas hipóteses, é cabível recurso ordinário para o STF advindo do STJ, ou mesmo a possibilidade de o STF decidir sobre a legislação infraconstitucional em ação de competência originária, mesmo ele não tendo competência para definir o sentido da interpretação dos textos normativos infraconstitucionais. Mesmo existindo essa possibilidade, o STJ permanece com a competência para editar precedentes vinculantes acerca do direito infraconstitucional.

Um exemplo de decisão do STF em que não há formação de precedente advém do Enunciado 631 da jurisprudência dominante do STF, que versa sobre o mandado de segurança e, assim, sobre matéria infraconstitucional. *Não compete a esse tribunal a uniformização do entendimento sobre a legislação infraconstitucional no direito brasileiro após a criação do STJ. Nessas hipóteses, deve prevalecer o entendimento do STJ sobre a questão e não o do STF. O que se tem na hipótese em que o STF edita súmula sobre matéria infraconstitucional, é mero exemplo, não formando precedente, seja ele persuasivo ou vinculante.* Os exemplos são decisões que não possuem a função orientadora dos demais órgãos jurisdicionais. Como destaca Michele Taruffo, o exemplo tão somente informa, “mas não sugere e menos ainda impõe uma decisão conforme”. (grifou-se)

A propósito, o CPC/2015 resolveu a questão no art. 975, § 1º, ao tratar da prorrogação do término do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória até o primeiro dia útil imediatamente subsequente, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense, *não trazendo qualquer tratamento diferenciado aos processos físicos ou eletrônicos:*

Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 1º *Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.* (grifou-se)

Assim, o acórdão do TRF-1ª não seguiu os parâmetros fixados pelo STJ ao pronunciar a decadência da ação rescisória.

Nesse sentido, a propósito, a decisão do Ministro Sérgio Kukina (e-STJ fls. 2.347-2.350 da TP n. 2.772-PA):

O art. 10, § 1º, da Lei 11.419/2006, ao prever a tempestividade, por meio do peticionamento eletrônico, dos atos processuais efetivados até às 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo, deve ser interpretada levando

em consideração a norma do art. 184, § 1º, do CPC/73, vigente quando do ajuizamento da ação rescisória, no ano de 2013.

Merece destaque, ainda, a circunstância de que o novo CPC/15, incorporando o entendimento jurisprudencial do STJ, dispõe expressamente que o termo final do prazo decadencial, nas ações rescisórias, deverá ser protraído para o primeiro dia útil subsequente, nas situações descritas em seu art. 975, § 1º (“Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense”).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar que o TRF-1ª Região supere a questão da decadência e julgue o mérito da ação rescisória como entender de direito, caso não haja outro impedimento formal. até que o julgue o mérito da ação rescisória.

Quanto às verbas de sucumbência, o Tribunal de origem deverá fixá-las quando do julgamento do mérito da ação rescisória.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Na origem, trata-se de Ação Rescisória proposta pela União Federal, atinente à Ação de Desapropriação 00.0034452-4, referente ao denominado Porto Sotave, situado na Ponta do Redentor, Foz do Rio Pará, Município de Belém/PA.

Em suma pretende a União, ora recorrente, rescindir a decisão exarada no Agravo de Instrumento 2001.01.00.047553-8, a qual determinou, à aparente revelia do título executivo (e da coisa julgada formada na referida ação) – e também do decidido pelo próprio TRF1 nos Agravos de Instrumento 1998.01.00.091436-7 e 1999.01.00.037135-2 –, a inclusão de juros compensatórios sobre o valor devido ao expropriado.

A sentença homologatória do acordo (transitada em julgado em 1997) tinha a seguinte redação:

Tendo a desapropriada concordado com o preço (10.500.000 OTNS) ofertado pela desapropriante, como se verifica das petições de fls. 02/04 e 440/443, hei por bem homologar, por sentença, para que produza os seus devidos e legais efeitos. A cargo da desapropriada fica o pagamento dos honorários do perito, já que o exame pericial foi realizado a seu requerimento, cabendo a

remuneração dos assistentes técnicos às partes que os indicaram. Para cada um deles, perito e assistentes, fixo o percentual de 0,06% sobre o preço ofertado pela desapropriante. Arbitro em 10% os honorários de advogado.

Houve uma primeira tentativa da expropriada de inserir tais juros na conta de liquidação – ocasião em que houve debate sobre a tese de que a eles faria jus em razão de a imissão na posse ter ocorrido antes do pagamento (fls. 135/136, e-STJ). Tal tentativa foi obstada pela Corte Regional no Agravo de Instrumento 1998.01.00.091436-7, em que ficou consignado no voto originário do Desembargador Relator: “Quanto aos juros compensatórios, merece provimento o agravo. É que o valor aceito pela Agravada não os contemplava, assim como não foram eles incluídos na oferta pela decisão homologatória de sua aceitação. Logo, sua inclusão constitui, a meu ver, acréscimo indevido no valor da oferta, traduzindo, mesmo, ofensa à coisa julgada.” (fls. 133, e-STJ).

Houve mais uma tentativa de incluir os juros na conta, também rechaçada pelo TRF1 no julgamento do Agravo de Instrumento 1999.01.00.037135-2, cujo dispositivo é o seguinte: “Pelo exposto, dou provimento ao agravo, para cassar a decisão recorrida e determinar a imediata expedição do precatório, conforme memória de cálculo apresentada pela Agravante, *dele excluindo apenas os juros compensatórios, conforme voto proferido no Agravo de Instrumento n. 1998.01.091436-7/PA.*” (fls. 148, e-STJ, grifei).

Observe-se que: a) a sentença não fez menção à incidência de quaisquer juros, muito menos de compensatórios; e b) em ao menos um dos Agravos de Instrumento retrocitados houve decisão de mérito em que se negou a inclusão dos juros na conta.

Contudo, na fase de cumprimento de sentença, o juiz da causa autorizou a incidência de juros compensatórios sobre o valor devido, e o TRF1, apreciando a *decisão rescindenda*, ratificou tal determinação (Agravo de Instrumento 2001.01.00.047553-8) em acórdão assim ementado (fls. 485-491, e-STJ):

Processual Civil e Administrativo. Desapropriação. Cumprimento de sentença homologatória de acordo. Embargos do devedor. Precatório. Juros compensatórios. Correção monetária.

1. Tendo a parte desapropriada concordado com o valor da oferta, que veio a ser homologado por sentença, passada em julgado, deve seguir-se a expedição do precatório - ou, sendo o caso, o levantamento do valor depositado em juízo -, sem reabertura de discussão sobre o valor da indenização.

2. Firmada a situação, eventuais divergências aritméticas ou metodológicas de cálculo, no que se refere aos acréscimos - correção, juros, desconto de valores recebidos, etc - devem ser solucionados incidentemente, não cabendo embargos do devedor (art. 730 - CPC).

3. Volvidos mais de quinze anos sem cumprimento do acordo desapropriatório, é cabível, excepcionalmente, em homenagem ao princípio constitucional da justa indenização, a inserção de juros compensatórios, a partir da imissão na pose, mesmo não previstos na sentença - que, exarada sob a premissa do cumprimento imediato, sequer poderia prevêê-los -, o mesmo se dizendo quanto à correção monetária, oficial e com “expurgos”, estes nos termos da Súmula n. 252 - STJ.

4. Provimento parcial do agravo de instrumento.

Alega a União que, se mantido o acórdão retrotranscrito, haveria uma superestimação intencional da indenização em valores que já eram superiores a 5 Bilhões de Reais em 2013 (fls. 20, e-STJ), *com pelo menos 1 Bilhão de Reais somente de juros* (fls. 2.190, e-STJ - maio de 2021), “*valor esse que, com certeza, não se coaduna com a área desapropriada*” (fls. 19, e-STJ). Motivo pelo qual ajuizou Ação Rescisória contra o referido acórdão do TRF1, com apoio na tese de violação da coisa julgada (art. 485, V, do CPC/1973).

A Corte Regional, entretanto, entendeu que houve decadência para o exercício do direito à rescisão, porque “o prazo decadencial para a propositura da presente demanda rescisória iniciou seu curso em 09/03/2011, tendo como *dies ad quem* 09/03/2013 (sábado). A petição inicial, contudo, somente foi protocolizada em 11/03/2013 (segunda-feira), quando já transcorrido o biênio previsto no art. 495 do Código de Processo Civil, o que leva a concluir, desenganadamente, pela intempestividade da postulação”. Estabeleceu ainda que, “tratando-se de processo digital, como no caso, os atos processuais consideram-se realizados no dia e hora do seu efetivo envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico, como prevê o art. 3º, *caput*, da Lei 11.419, de 19/12/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.”

Contudo, como bem apontou o Ministro Og Fernandes, tal posição contraria o entendimento, fixado pela Corte Especial do STJ em julgamento de recurso repetitivo, de que “o termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente” (REsp 1.112.864/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 17/12/2014), o qual consta também no art. 975, § 1º, do CPC/2015.

Por outro lado, também como pontuou Sua Excelência: a) o precedente qualificado não faz a distinção estabelecida pela Corte de origem, que entende não se aplicar a regra ao processo digital; e b) ainda que o STF adote posicionamento oposto nas Ações Rescisórias originárias a ele submetidas, não o faz na condição de órgão responsável pela interpretação definitiva da lei pelo prisma infraconstitucional, papel que cabe ao STJ, na forma do art. 105 da CF)

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator e dou provimento ao recurso para determinar o prosseguimento da Ação Rescisória na origem.

Sem sucumbência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.927.701-BA (2021/0077533-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: União

Recorrido: Município de Salvador

Advogado: José Antônio Ferreira Garrido - BA018519

Interes.: Caixa Econômica Federal

Advogado: Luís Carlos Monteiro Laurenço - BA016780

EMENTA

Administrativo. Celebração de contratos de repasse com a União e a CEF. Municipalidade com restrições junto ao SIAFI/CAUC. Situação de inadimplência. Alegação de execução de obra de infraestrutura. Sinalização turística. Não enquadramento no conceito de ação social. Impossibilidade de contratação. Precedentes desta Corte.

I - Trata-se, na origem, de ação ajuizada pelo Município de Salvador objetivando compelir a União e a Caixa Econômica Federal a promoverem assinatura de convênio e, conseqüentemente, liberação dos recursos para o projeto de implantação de sinalização turística na

municipalidade, orçado em R\$ 2.649.456,52 (dois milhões, seiscentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e dois centavos).

II - Ação julgada improcedente no Juízo de primeiro grau, mas reformada em grau recursal pelo respectivo Tribunal Regional Federal, deliberando no sentido da assinatura do convênio e repasse financeiro respectivo.

III - Recurso especial da União alegando violação do art. 25, § 1º, IV, *a*, e § 3º, e 51, § 2º, da LC n. 101/2000, e do art. 26 da Lei n. 10.522/2002, sob o fundamento de que as obras em questão – relativas à infraestrutura turística – não se enquadrariam no conceito de ação social.

IV - Esta Corte tem entendimento de que a interpretação da expressão “ações sociais” não pode ser ampla ao ponto de incluir hipóteses não apontadas pelo legislador, haja vista que, se assim procedesse qualquer atuação governamental em favor da coletividade, seria possível enquadramento nesse conceito. Precedentes: REsp n. 1.905.468/RR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 7/4/2021, REsp n. 1.845.224/GO, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/5/2020).

V - Em análise ao art. 26 da Lei n. 10.522/2002, verifica-se que a ação social é referente às ações que objetivam atender a direitos sociais assegurados aos cidadãos, cuja realização é obrigatória por parte do Poder Público. Dessa forma, em que pese o uso do termo infraestrutura turística, a pretensão deduzida pela municipalidade é a realização de obras de sinalização turística na cidade de Salvador, empreendimento que não se enquadra no conceito de ação social previsto no art. 26 da Lei n. 10.522/2002.

VI - Recurso especial provido para restabelecer, em todos os seus termos, a decisão monocrática de improcedência da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a).

Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 28.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Município de Salvador ajuizou ação de obrigação de fazer, com pedido liminar de antecipação de tutela *inaudita altera pars*, contra a União e a Caixa Econômica Federal – CEF objetivando a condenação dos réus a promoverem a assinatura do Convênio n. 049522/2012 no SICONV – Sistema de Convênios do Governo Federal, com a consequente liberação dos recursos para o projeto de implantação de sinalização turística na municipalidade, orçado em R\$ 2.649.456,52 (dois milhões, seiscentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e dois centavos) – fl. 122.

Afirma que, apesar do caráter emergencial e do interesse social dos projetos, o Ministério do Turismo se negou a assinar o convênio em decorrência do fato de o Município autor se encontrar com restrições no Cadastro Único de Convênios – CAUC.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em grau recursal, deu provimento ao recurso de apelação da municipalidade, reformando a decisão monocrática de improcedência da ação (fls. 162-167), nos termos da seguinte ementa (fl. 213):

Constitucional e Administrativo. Irregularidades na prestação de contas. Débito. Inscrição em cadastros de inadimplentes - CAUC. Assinatura de convênio. Melhoria da infraestrutura. Ações sociais. Conceito amplo. Apelação provida.

I - A jurisprudência consolidada deste egrégio Tribunal é no sentido de que são permitidas transferências e formalização de convênios voltados para ações sociais, ainda que haja registros de inadimplência/pendência do ente beneficiário, no intuito de preservar-se o interesse público e não se penalizar toda a população local.

II - Ademais, não se pode dar uma interpretação restritiva ao termo “ações sociais” presente na Lei Complementar 101 e na Lei 10.522, devendo abranger ações destinadas à educação, saúde, assistência social, saneamento, urbanização, infraestrutura e melhoria das condições de vida da população, como no caso.

III - Apelação provida. Sentença reformada.

Opostos embargos declaratórios pela União, foram eles rejeitados (fls. 230-238).

A União interpôs recurso especial, fundamentado no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, no qual aponta violação do art. 25, § 1º, IV, *a*, e § 3º, e 51, § 2º, da Lei Complementar n. 101 de 2000, bem assim do art. 26 da Lei n. 10.522 de 2002, porquanto, em apertada síntese, entende que obras de infraestrutura turística não se enquadrariam no conceito de ação social a autorizar a transferência voluntária de convênio, pelo que persisti na impossibilidade de se proceder à assinatura do convênio referente à Proposta n. 049522/2012 no SINCONV, pelo menos enquanto perdurassem as restrições cadastrais da municipalidade recorrida no CAUC/SIAFI.

Não foram ofertadas contrarrazões ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): No que concerne à alegação de violação do art. 25, § 1º, IV, *a*, e § 3º, e 51, § 2º, da LC n. 101/2000, bem assim do art. 26 da Lei n. 10.522/2002, a Corte Regional, na fundamentação do aresto vergastado, assim firmou seu entendimento (fls. 210-211):

[...]

Como visto, a controvérsia instaurada nestes autos cinge-se à possibilidade de assinatura de convênio, com o fim de melhorar a infraestrutura do Município, mesmo havendo inscrição deste no CAUC.

Com efeito, a pretensão recursal deduzida pelo apelante merece prosperar, uma vez que a tutela postulada nos presentes autos encontra respaldo na jurisprudência deste egrégio Tribunal, no sentido de que são permitidas transferências/formalização de convênios voltados para ações sociais, ainda que haja registros de inadimplência/pendência do ente beneficiário, no intuito de preservar-se o interesse público e não se penalizar toda a população.

[...]

Ademais, não se pode dar uma interpretação restritiva ao termo “ações sociais” presente na Lei Complementar 101 e na Lei 10.522, devendo abranger ações destinadas à educação, saúde, assistência social, saneamento, urbanização, infraestrutura e melhoria das condições de vida da população.

[...]

Consoante se constata dos excertos reproduzidos do aresto recorrido, o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo* dissente do posicionamento firmado nesta Corte, no sentido de que “a ação social a que se refere o art. 26 da Lei n. 10.522/2002 é referente às ações que objetivam atender a direitos sociais assegurados aos cidadãos, cuja realização é obrigatória por parte do Poder Público, como aquelas mencionadas na Constituição Federal, nos artigos 6º, 193, 194, 196, 201, 203, 205, 215 e 217 (alimentação, moradia, segurança, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, ordem social, seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto)” (REsp n. 1.372.942/AL, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/4/2014).

Nesse passo, evidentemente que não são todos os serviços públicos essenciais que se enquadram no conceito de “ação social” a autorizar a suspensão da restrição para transferência de recursos federais a estados, Distrito Federal e municípios, pois, se assim o fosse, resultaria em verdadeira letra morta do disposto no art. 26 da Lei n. 10.522/2002, uma vez que pouco provável que um município com restrições de crédito postulasse a exclusão de seu nome e CNPJ do cadastro de inadimplentes (SIAFI, CAUC e CADIN) objetivando a contratação e efetivação de convênios para realização de serviços não essenciais.

No caso dos autos, em que pese a municipalidade recorrida defender tratar-se o convênio referente à Proposta n. 049522/2012 no SINCONV de investimentos ligados a áreas de infraestrutura, o que se pretende, exatamente, é a implantação de sinalização turística na Cidade de Salvador, ação tal que não atende ao disposto no art. 26 da Lei n. 10.522/2002 a autorizar a suspensão das restrições cadastrais do Município recorrente no CAUC.

Confirmam-se os seguintes julgados semelhantes à questão:

Trata-se de recurso especial interposto pela *União*, com fulcro no permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (e-STJ fl. 232):

Administrativo. Transferência voluntária de recursos. União. Município. Legitimidade passiva. Inscrição no CAUC/SIAFI. Momento da comprovação da regularidade. Efetiva transferência do recurso.

1. A CEF, na condição de mandatária da União, possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, o mesmo quanto à própria União tendo em vista que o convênio foi celebrado com órgão integrante de sua estrutura administrativa para repasse de verbas federais.

2. As Turmas que compõem a 2ª Seção desta Corte têm entendido pela possibilidade de diferir a exigência de regularidade junto ao CAUC para o momento da efetiva transferência do recurso, tendo em vista que tal não representa qualquer prejuízo aos cofres públicos.

Embargos de declaração rejeitados (e-STJ fls. 275/281).

Em suas razões, a recorrente aponta violação do art. 1.022 do CPC/2015, do art. 25, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar n. 101/2000, do art. 73, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 13.080/2015 (LDO/2015), dos arts. 2º, 35, II, e 36 da Lei n. 4.320/1964, do art. 26 da Lei n. 10.522/2002 e do art. 12 do Decreto n. 6.170/2007.

Alega, preliminarmente, que houve negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal de origem não se manifestou sobre vícios apontados nos embargos declaratórios.

Sustenta, em síntese, que (e-STJ fl. 300) “o melhoramento da pavimentação asfáltica e drenagem não se inclui no conceito de ‘ação social’. Além disso, a realização de obras dessa natureza não caracteriza ‘ação em faixa de fronteira’”.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 306/313).

Passo a decidir.

[...]

Quanto à questão de fundo, assiste razão à recorrente.

Sobre a possibilidade de suspensão da inscrição do município inadimplente no SIAFI e CAUC, nos termos da Lei n. 10.522/2002 e LC n. 101/2000, para fins de repasses destinados à execução de ações sociais e/ou ações em faixa de fronteira, “a interpretação da expressão ‘ações sociais’ não pode ser ampla ao ponto de incluir hipóteses não apontadas pelo legislador, haja vista que, se assim procedesse qualquer atuação governamental em favor da coletividade, seria possível de enquadramento nesse conceito” (AgRg no REsp 1.439.326/PE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015).

No caso, consta do acórdão recorrido o seguinte (e-STJ fl. 234):

A sentença prolatada julgou procedente o pedido para o fim de condenar as rés “à obrigação de fazer consistente na formalização do contrato de repasse n.

825.552/15, voltado ao "Apoio a Projeto de Infraestrutura Turística - Pavimentação e Drenagem Pluvial da Avenida Manoel Silveira de Azevedo que dá acesso à Gruta de Nossa Senhora de Aparecida e Santo Antônio", oriundo da proposta n. 9.324/15, devendo o município demonstrar, quando da assinatura, o cumprimento de todas as exigências legais".

Examinando o excerto supratranscrito, vê-se que a improcedência do pedido se impõe.

Com efeito, a orientação desta Corte é no sentido de que "a drenagem profunda de águas pluviais e a pavimentação de via pública, nada obstante sua importância para o desenvolvimento urbano e para o bem-estar da comunidade, não se amoldam ao conceito de ação social previsto no art. 26 da Lei n. 10.522/2002". (AgInt no REsp 1.832.197/BA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 27/11/2019).

Nesse mesmo sentido, destaco:

[...]

Ante o exposto, com base no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial para julgar *improcedente* o pedido (REsp 1.839.548/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Julgamento em 08/02/2021, DJe 10/02/2021).

Administrativo. Repasse de verbas federais. Implementação de convênios firmados com a União. Art. 25 da LC n. 101/2000. Município inscrito no CAUC/CADIN/SIAFI. Pedido de suspensão da restrição inseridas em cadastro de inadimplente. Conceito de ação social. Obras públicas não enquadradas. Art. 26 da Lei n. 10.522/2002. Descabimento do repasse de verbas. Recurso da União provido.

I - Trata-se, na origem, de ação de cumprimento de obrigação de fazer consistente na exclusão do nome/CNPJ da municipalidade de qualquer cadastro de restrição de crédito (CADIN, CAUC, SIAFI), com vistas a viabilizar o recebimento de repasses de recursos financeiros para celebração de convênios.

II - Ação julgada procedente no Juízo de 1º Grau e mantida no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

III - Violação do art. 1.022 do CPC/2015 não caracterizada, uma vez que o Tribunal a quo enfrentou toda a matéria debatida, em decisão devidamente fundamentada.

IV - A alegação de violação dos arts. 25 da LC n. 101/2000 e 26 da Lei n. 10.522/2002 merece acolhida, na medida em que os objetos dos convênios para os quais a municipalidade pretende o repasse de verbas federais, não se acham inseridos no conceito de ação social.

V - Entendimento desta Corte de que "a ação social a que se refere o art. 26 da Lei n. 10.522/2002 é referente às ações que objetivam atender a direitos

sociais assegurados aos cidadãos, cuja realização é obrigatória por parte do Poder Público, como aquelas mencionadas na Constituição Federal, nos artigos 6º, 193, 194, 196, 201, 203, 205, 215 e 217 (alimentação, moradia, segurança, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, ordem social, seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto)” (REsp 1.372.942/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/4/2014).

VI - Projetos de eletrificação e construção de orla sobre açude não estão inseridos no conceito de ação social, de forma a possibilitar o repasse de verbas federais a entes federados inscritos em cadastro de inadimplentes (CAUC/CADIN e SIAFI).

VII - Recurso parcialmente provido, julgando improcedente a ação ajuizada pela municipalidade.

(REsp 1.905.468/RR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, DJe 07/04/2021)

Processual Civil e Administrativo. Repasse de verba pela União. Restrição cadastral no SIAFI. Suspensão dos efeitos apenas quanto aos repasses que visem à execução de ações sociais ou em faixa de fronteira. Art. 26 da Lei 10.522/2002. Abrangência do termo “ações sociais”. Não inclusão de obras de pavimentação.

1. Cuida-se de inconformismo com acórdão do Tribunal de origem que reconheceu a pretensão do município recorrido, considerando que “a implantação do Corredor Goiás, denominado BRT Norte Sul no Município de Goiânia - GO, que tem o propósito de melhorar a qualidade e a segurança do serviço de transporte coletivo oferecido aos munícipes, reveste-se de natureza social e integra às exceções dos arts. 25, § 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal e 26 da Lei 10.522/2002”.

2. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária proposta pelo município recorrido com o objetivo de tornar sem efeito a inscrição de seu nome em cadastros restritivos para o fim de receber recursos do Programa de Aceleração do Crescimento destinados ao Programa de Mobilidade Urbana Grandes Cidades, do Ministério das Cidades, a fim de implantar o corredor norte-sul.

3. Argumenta, a União, em apertada síntese, que “o objeto do contrato em tela tem como objetivo a pavimentação de vias do município, tratando-se, portanto, de desenvolvimento urbano, não se subsumindo na exceção legal (ação social)”.

4. A suspensão da restrição para a transferência de recursos federais aos Estados, Distrito Federal e Municípios trata de norma de direito financeiro e é exceção à regra, estando limitada às situações previstas no próprio artigo 26 da Lei 10.522/2002 (execuções de ações sociais ou ações em faixa de fronteira). A interpretação da expressão “ações sociais” não pode ser abrangente a ponto de abarcar situações que o legislador não previu. Sendo assim, o conceito da

expressão “ações sociais”, para o fim da Lei 10.522/2002, deve ser resultado de interpretação restritiva, teleológica e sistemática, mormente diante do fato de que qualquer ação governamental em prol da sociedade pode ser passível de enquadramento no conceito de ação social.

5. O termo “ação social” presente na mencionada lei diz respeito às ações que objetivam o atendimento dos direitos sociais assegurados aos cidadãos, cuja realização é obrigatória por parte do Poder Público, como aquelas mencionadas na Constituição Federal, nos artigos 6º, 193, 194, 196, 201, 203, 205, 215 e 217 (alimentação, moradia, segurança, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, ordem social, seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto).

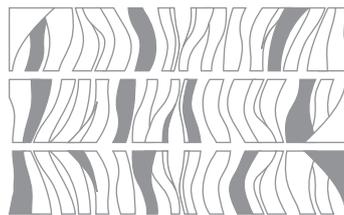
6. O direito à infraestrutura urbana e aos serviços públicos, os quais abarcam a pavimentação e a drenagem de vias públicas, compõem o rol de prerrogativas que dão significado à garantia das cidades sustentáveis, conforme previsão do art. 2º da Lei 10.257/2001 - Estatuto das Cidades. Apesar disso, conforme a fundamentação supra, a pavimentação e drenagem de vias públicas não pode ser enquadrada no conceito de ação social previsto no art. 26 da Lei 10.522/2002. Nesse sentido: REsp 1.372.942/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11.4.2014; REsp 1.527.308/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015; AgRg no REsp 1.457.430/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/12/2015.

7. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.845.224/GO, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 12/5/2020.)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão de primeiro grau de improcedência do pedido, com a consequente manutenção da condenação da municipalidade recorrida em honorários advocatícios, nos termos exatos da decisão monocrática.

É o voto.



Segunda Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 4.797-MG (2011/0231983-2)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Revisor: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Autor: Itaú Unibanco Banco Múltiplo S/A

Advogados: Nelson Nery Junior e outro(s) - SP051737

Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes Nery - SP257238

Réu: Sarah Fiuza Gontijo

Advogados: Gustavo Tosi - DF028498

Bernardo Menicucci

EMENTA

Ação rescisória. Alegação de violação literal de lei federal. Decisão desta Corte que não apreciou o mérito. Consequente incompetência desta Corte.

1. Ação rescisória. Alegação de violação literal de lei. Pedido visando à rescisão da decisão pela qual esta Corte deu “parcial provimento ao Recurso Especial [interposto pela autora da ação originária, ora ré], fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).” (STJ, REsp 1.064.897/MG.)

2. Hipótese em que a decisão rescindenda, prolatada em recurso exclusivo da autora da ação originária, ré nesta ação, não tratou das questões suscitadas pelo autor nesta ação rescisória. Questões tratadas nesta ação rescisória que foram objeto do recurso especial interposto pelo réu da ação originária, autor nesta ação, cujo seguimento foi negado pela corte revisora e que não foi conhecido por esta Corte. Consequente incompetência desta Corte para conhecer da presente ação rescisória.

3. Incidência imediata da regra dos §§ 5º e 6º do artigo 968 às ações rescisórias em curso quando da entrada em vigor do CPC/2015, de forma que “constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada [...], deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.”

(STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.611.431/MT, relator Ministro Luiz Felipe Salomão).

4. Incompetência desta Corte para conhecer da presente ação rescisória. Determinação de emenda da petição para a remessa dos autos ao tribunal competente: TJMG.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Nancy Andrichi acompanhando a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Revisor, a Segunda Segunda Seção, por unanimidade, declarou a incompetência desta Corte para processar e julgar a presente ação rescisória, nos termos dos votos dos Srs. Ministros Relatora e Revisor. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Nancy Andrichi, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Moura Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Consignados pedidos de preferência pelo Autor Itaú Unibanco Banco Múltiplo S/A, representado pelo Dr. Nelson Nery Junior e, pela Ré Sarah Fiuza Gontijo, representada pelo Dr. Bernardo Menicucci.

Brasília (DF), 23 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 30.6.2021

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Ação rescisória proposta pelo Itaú Unibanco Banco Múltiplo S/A contra Sarah Fiúza Gontijo visando à rescisão da decisão pela qual esta Corte deu “parcial provimento ao Recurso Especial, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).” (STJ, REsp 1.064.897/MG, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, DJe 11/9/2009.) (e-STJ Fls. 211-213.)

O autor sustenta, em suma, a violação literal de lei (CPC 1973, art. 485, V) sob o fundamento de que a decisão desta Corte, “ao permitir a utilização de metodologia de juros capitalizados por particular, conferindo à pessoa física da Ré prerrogativas legais atribuídas tão somente às instituições financeiras, violou literal disposição de lei (artigo 1º Decreto 626/33; artigo 4º, IX, Lei 4.595/64; CC/1916 1.062 - CC 406; CC 591; CC/1916 1.059 - CC 402; CC/1916 1.061 - CC 404; CDC 42).” Requer “seja julgado procedente o pedido para que se reconheça que o v. acórdão rescindendo violou frontalmente os dispositivos legais supramencionados (CPC 485 V)”, “para que se desconstitua o v. aresto rescindendo, afastando-se a coisa julgada indevidamente formada na ação originária”; e seja proferida “nova decisão na ação originária, a fim de se declarar que a restituição dos valores referentes à cobrança de tarifas indevidas e outros débitos não autorizados seja corrigida monetariamente pelos índices da tabela adotada pela Corregedoria de Justiça do TJMG acrescida de juros legais de 0,5% (meio por cento) ao mês até a entrada em vigor do Novo Código Civil e de 1% (um por cento) ao mês a partir dessa data, em consonância com a legislação e jurisprudência pátrias.” (e-STJ Fls. 1-23.) (Grifo suprimido.)

A ré contestou sustentando, em suma, a ocorrência de decadência, porquanto a ação deveria ter sido ajuizada até 16/09/2011, já que a decisão rescindenda transitou em julgado em 16/09/2009; a incompetência desta Corte para exercer o juízo rescindendo e rescisório sobre acórdão do TJMG; a ilegitimidade do autor da ação; a insuficiência do depósito inicial; o não cabimento da rescisória para debater matéria controvertida na jurisprudência (incidência da Súmula 343 do STF); ausência de violação literal de lei federal. Requereu a improcedência do pedido. (e-STJ Fls. 300-329.)

Esta relatora deferiu o pedido de assistência judiciária formulado pela ré. (e-STJ Fls. 481-482 e 488.)

Tendo sido indeferidas as provas requeridas, as partes apresentaram suas razões finais. (e-STJ Fls. 644-645 [decisão], 655-684 [autor] e 687-701 [réu].)

O Ministério Público Federal (MPF) oficia pela procedência do pedido. (e-STJ Fls. 705-710.)

O autor requereu a concessão de tutela de urgência de natureza cautelar em caráter incidental a fim de suspender o cumprimento da decisão rescindenda, afirmando que um alegado indébito no valor originário de R\$ 166,26 (cento e sessenta e seis reais e vinte e seis centavos) resultou na determinação de pagamento de R\$ 57.755.227,42 (cinquenta e sete milhões, setecentos e

cinquenta e cinco mil, duzentos e vinte e sete reais e quarenta e dois centavos). (e-STJ Fls. 712-741.). O pedido foi deferido “para conceder o efeito suspensivo pretendido, obstando o processo de execução calcado no acórdão rescindendo, até que se verifique o trânsito em julgado da presente ação rescisória.” (e-STJ Fls. 776-778.)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora):

I

A. A Segunda Seção, acolhendo Questão de Ordem nos autos da AR 5.931/SP, decidiu que as hipóteses de cabimento da ação rescisória são reguladas pelo Código de Processo Civil em vigor na data do trânsito em julgado do acórdão rescindendo.

Quanto ao arbitramento de honorários de advogado e ao depósito previsto no art. 968, II, do CPC/2015 (art. 488, II, do CPC/1973), a Segunda Seção, no julgamento das AR 4.522/RS e 5.655/PA, adotou a orientação de que são disciplinados pelo novo Código de Processo Civil.

B. No presente caso, a decisão rescindenda transitou em julgado na vigência do CPC 1973, sendo essa codificação, portanto, a lei processual regente das hipóteses de cabimento desta ação rescisória.

II

A. A ré sustenta, em sua contestação, a ocorrência de decadência, sob o fundamento de que a ação deveria ter sido ajuizada até 16/9/2011, dado que a decisão rescindenda, que deu parcial provimento ao recurso especial por ela interposto, fora publicada em 11/9/2009, com trânsito em julgado em 16.9.2009. (e-STJ fl. 303/304.)

Verifico, todavia, que o trânsito em julgado da mencionada decisão se deu em 19.9.2009, uma vez que foi ela publicada em 11.9.2009 (e-STJ fl. 195), sexta-feira, tendo o prazo de 5 dias para interposição de recurso se iniciado no primeiro dia útil seguinte, 14, e se encerrado no dia 18.

Em suas alegações finais, acrescenta que as questões deduzidas na rescisória foram acobertadas pela coisa julgada ainda antes, já que não foram objeto da

decisão rescindenda, mas somente do acórdão que julgou o último recurso do autor, transitado em julgado em 20.11.2008, tendo o biênio para a propositura da ação rescisória terminado em 20.11.2010.

Ocorre que, nos termos da Súmula 401/STJ, o prazo para ajuizamento da ação rescisória se inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, não sendo cabível seu fracionamento em capítulos para esse fim.

Nesse sentido:

Processual Civil. Ação rescisória. Prazo decadencial. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos. Art. 495 do CPC. Súmula n. 401/STJ. Coisa julgada "por capítulos". Inadmissibilidade. SFH. Utilização do IPC (84,32%) no mês de abril de 1990. Adoção da taxa referencial (TR) como índice de atualização monetária (Lei n. 8.177/1991). Violação de literal disposição de lei. Art. 485, V, do CPC. Súmula n. 343/STF. Violação do art. 535 do CPC não configurada.

1. A violação do art. 535 do CPC não se configura na hipótese em que o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se sobre a questão controvertida nos autos, não incorrendo em omissão, contradição ou obscuridade.

2. *O prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o transcurso do prazo recursal, a teor do que dispõe a Súmula n. 401/STJ: "O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial". (griso nosso)*

3. *É incabível o trânsito em julgado de capítulos da sentença ou do acórdão em momentos distintos, a fim de evitar o tumulto processual decorrente de inúmeras coisas julgadas em um mesmo feito. (grifo nosso)*

(...)

8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 736.650/MT, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Corte Especial, DJe 1.9.2014)

Assim, como a rescisória foi ajuizada em 19.9.2011, dentro do prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ocorrido em 19.9.2009, rejeito a prejudicial de decadência.

III

A. A ré sustenta a incompetência desta Corte para exercer o juízo rescindendo e rescisório sobre acórdão do TJMG.

A ré tem razão.

B. Inicialmente, cumpre registrar que “compete a este Superior Tribunal julgar a ação rescisória de seus próprios julgados que tenham apreciado o mérito da demanda.” (STJ, AgInt nos EDcl na AR 6.579/DF, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Seção*, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019.)

O autor propôs a presente ação visando à rescisão da decisão prolatada por Ministro desta Corte ao analisar o recurso especial interposto pela ré, autora da ação originária, impugnado acórdão no qual o TJMG, apreciando as apelações interpostas pelas partes, negou provimento ao recurso do réu na ação originária, ora autor e deu parcial provimento ao recurso da autora na ação originária, ora ré. O provimento parcial foi “somente para condenar o segundo apelante [réu, ora autor] a devolver à autora os valores descontados indevidamente, devendo ser empregados na correção destes valores a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial da primeira apelante, aplicando a este as mesmas taxas de juros também aplicados naquele/contrato.” (e-STJ Fl. 111.)

O acórdão do TJMG foi objeto de recursos especiais interpostos pelas partes na ação originária. O recurso especial interposto pela autora foi parcialmente provido por decisão que tem o seguinte teor:

1.- *Sarah Fiuzza Gontijo* interpõe Recurso Especial com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra Acórdão proferido pela Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Rel. Des. *José Affonso da Costa Côrtes*), assim ementado (fl. 627):

Instituição financeira. Tarifas. Taxas. Não contratadas. Cálculo. Dano moral. Contrato. Direito de cobrar. Somente o contratado.

A devolução de valores não contratados e que foram cobrados indevidamente pela instituição financeira, devem ser devolvidos atualizados pelas mesmas taxas de juros e metodologia de cálculo empregado no contrato firmado pelas partes. Para restar devidamente configurado o dano moral, indispensável é a prova do abalo moral.

Para que a instituição financeira tenha direito de cobrar uma tarifa ou taxa, não basta a autorização do Banco Central do Brasil, devendo tais encargos estar previsto no contrato.

2.- Sustenta ofensa aos artigos 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, alegando que aplica-se ao caso o § 3º do texto legal e, caso assim não se entenda, requer a majoração da verba honorária fixada por equidade em valor que considera ínfimo e 284, 302 e 304 do Código de Processo Civil ao entendimento de que ocorreu preclusão em razão da ausência de impugnação específica do laudo pericial anexo à inicial, bem como divergência

jurisprudencial acerca da ocorrência do dano moral no caso concreto, isto é, de débito de taxa e tarifas não contratadas pela instituição financeira.

É o relatório.

3.- Primeiramente, com relação à verba honorária, “conforme já decidiu esta Corte, quando o acórdão proferido for de cunho condenatório, devem os honorários advocatícios ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil” (AgRg no Ag 1.050.691/RS, Rel. Min. *Vasco Della Giustina*, DJE 18.6.2009).

Desse modo, como a sentença proferida no presente caso é de cunho condenatório, aplica-se a literalidade do artigo 20, § 3º, do CPC e, atentando-se para os parâmetros de suas alíneas, fixa-se a honorária em 10% sobre o valor da condenação. Em consequência, resta prejudicada a pretensão recursal de revisão da verba honorária fixada com base no § 4º do artigo 20 do CPC.

4.- Com relação a preclusão, a jurisprudência desta Corte já decidiu que, “se o acórdão recorrido afirma ter havido a impugnação aos fatos narrados pela autora, não tem lugar o contido no art. 302 do CPC” (REsp 184.769/MA, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJ 15.3.1999) e, ademais, “a presunção de veracidade dos fatos não especificamente impugnados na contestação cede quando incompatível com as provas geradas pela defesa, consideradas em seu conjunto (Art. 302, III, do CPC)” (REsp 772.804/SP, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJ 2.10.2006).

Além do mais, o próprio Acórdão recorrido deixou consignado que “o Magistrado tem ampla e total liberdade no momento de prolatar sua decisão, não estando vinculado a este ou aquele documento, mas sim ao processo no todo” (fl. 633).

5.- Por fim, o Tribunal de origem, a respeito dos danos morais, concluiu que “apesar de existir o primeiro requisito (ato ilegal praticado pela instituição financeira), não vislumbro o alegado dano moral, pois na pior das hipóteses pode ter ocorrido no presente caso, no máximo, um mero dissabor, aborrecimento, incapaz de ocasionar dano moral” (fl. 632).

De outro lado, a Recorrente insiste na caracterização do dano moral, acenando com a jurisprudência desta Corte a respeito da desnecessidade de prova do dano moral.

Desse modo, verifica-se que a pretensão recursal implica revolvimento do quadro fático-probatório, o que não se admite por força da Súmula 7 desta Corte: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Ressalte-se que esta Corte já decidiu que “para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos” (REsp 968.762/MG, desta Relatoria, DJe 20.6.08), o que não é o caso dos autos.

6.- Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).

(STJ, REsp 1.064.897/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 11/09/2009.) (e-STJ Fls. 211-213.) (Itálico original.)

Como se pode verificar, claramente, dos termos da decisão acima reproduzida, em nenhum momento o Ministro Relator tratou das questões suscitadas pelo autor nesta ação rescisória. O Ministro Relator não poderia tratar dessas questões, porquanto não foram suscitadas no recurso interposto pela autora da ação originária. Ademais, e, em se tratando de recurso de natureza extraordinária (*lato sensu*), essas questões não poderiam ser analisadas por esta Corte, no exame do recurso interposto pela autora da ação originária, ora ré, nem que elas dissessem respeito a matéria de ordem pública.

Como afirmado pelo ora autor, na petição inicial, o TJMG deu parcial provimento à apelação interposta pela autora da ação originária, ora ré, “que, ao arrepio do ordenamento jurídico (artigo 1º Decreto 626/33; artigo 4º, IX, Lei 4.595/64; CC/1916 1.062 - CC 406; CC 591; CC/1916 1.059 - CC 402; CC/1916 1.061 - CC 404; CDC 42) alterou em parte o dispositivo da sentença”; que *determinou* aquele venerando acórdão *que, na correção dos valores que seriam restituídos à ora requerida, deveria ser empregada a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial.*” (e-STJ Fl. 5.) (Grifo acrescentado.)

Considerando que as questões suscitadas nesta rescisória foram decididas pelo TJMG em sentido favorável à autora, é evidente que somente mediante recurso interposto pelo réu da ação originária, ora autor, é que essas questões poderiam chegar ao conhecimento desta Corte. O ora autor, réu na ação originária, interpôs recurso especial para impugnar o acórdão do TJMG sustentando, em síntese, ofensa ao art. 535 do CPC 1973; a inaplicabilidade do disposto no art. 42, parágrafo único, do CDC; a legalidade da cobrança dos encargos e taxas objeto da determinação de restituição; a insubsistência da condenação à repetição do indébito; a ocorrência de divergência jurisprudencial com acórdão desta Corte. (e-STJ Fls. 125-140.) O TJMG negou seguimento ao recurso especial interposto pelo ora autor, réu na ação originária. (e-STJ Fls. 174-177.) Inconformado, o ora autor, réu na ação originária, interpôs agravo de instrumento, o qual não foi conhecido. A mencionada decisão tem o seguinte teor:

1.- Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo *Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A* contra decisão que, na origem, não admitiu seu Recurso Especial interposto em desfavor de *Sarah Fiuza Gontijo*.

É o breve relatório.

O recurso não merece conhecimento.

2.- Verifica-se que, nas razões do Agravo de Instrumento, não houve a impugnação da decisão agravada em toda a sua extensão, mormente quanto à afirmação de ser inviável o especial por incidência da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, limitando-se a renegar o juízo de admissibilidade realizado, bem como a infirmar, tão-somente, o cabimento do recurso pelas razões anteriormente expostas.

3.- Registre-se que a parte, ao recorrer, deve buscar demonstrar o desacerto da decisão contra a qual se insurge, refutando todos os seus óbices, sob pena de vê-la mantida.

4.- Logo, sendo os fundamentos suficientes para manter a conclusão do julgado, fica inviabilizado o recurso, à luz das Súmulas 182 desta Corte e 283 do excelso Supremo Tribunal Federal, aplicadas, respectivamente, por extensão e analogia.

5.- Pelo exposto, não se conhece do agravo de instrumento.

(STJ, AREsp 1.057.153/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 26/09/2008.)

O ora autor, réu na ação originária, interpôs agravo regimental, o qual não foi provido em acórdão cuja ementa, na parte principal, consta que: “Nas razões do agravo de instrumento devem ser impugnados todos os fundamentos suficientes da decisão monocrática que, na origem, não admitiu o recurso especial. Inteligência da Súmula 182 desta Corte.” (STJ, AgRg no AREsp 1.057.153/MG, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 14/08/2008, DJe 20/11/2008.) Não houve mais recursos e o aludido acórdão transitou em julgado em 10/12/2008.

Esta Corte não conheceu, portanto, do recurso especial interposto pelo autor da presente ação rescisória, no qual ele impugnava o acórdão pelo qual o TJMG deu parcial provimento à apelação interposta pela autora da ação originária, ora ré, para determinar “que, na correção dos valores que seriam restituídos à ora requerida, deveria ser empregada a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial.” (e-STJ Fl. 5.) Essa determinação do TJMG, como resumido pelo próprio autor, foi procedida “ao arripio do ordenamento jurídico (artigo 1º Decreto 626/33; artigo 4º, IX, Lei 4.595/64; CC/1916 1.062 - CC 406; CC 591; CC/1916 1.059 - CC 402; CC/1916 1.061 - CC 404; CDC 42)”. Esses são os mesmos dispositivos legais tidos pelo autor como tendo sido violados por esta Corte na decisão pela qual o Ministro Relator deu “parcial provimento ao Recurso Especial [interposto pela

autora da ação originária, ora ré], fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).” (STJ, REsp 1.064.897/MG, supra.) Na realidade, porém, a corte que, eventualmente, violou os aludidos dispositivos legais, foi o TJMG, porquanto foi essa corte “que *determinou [...] que, na correção dos valores que seriam restituídos à ora requerida, deveria ser empregada a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial.*” (e-STJ Fl. 5.) (Grifo acrescentado.)

Assim sendo, eventual ação rescisória proposta pelo réu da ação originária, ora autor, deveria impugnar o acórdão prolatado pelo TJMG, não a decisão pela qual esta Corte deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela autora da ação originária, ora ré, nem o acórdão pelo qual esta Corte confirmou a decisão do Ministro Relator que não conheceu do recurso especial interposto pelo ora autor, réu na ação originária, para impugnar o acórdão do TJMG na parte que lhe foi desfavorável. Em caso similar, este Tribunal decidiu que: “Esta Corte Superior não é competente para julgar ação rescisória ajuizada com o propósito de desconstituir decisões judiciais meritórias, proferidas por outras Cortes, nas hipóteses em que, impedida por óbices processuais de admissibilidade, não conheceu do recurso especial que lhe foi apresentado.” (STJ, AgInt na AR 6.543/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 27/11/2019, DJe 02/12/2019.)

Em suma, “[é] de se concluir que, apesar de a decisão desta Corte ter sido apontada como objeto do pedido de rescisão, *pretende a parte autora, na verdade, desconstituir entendimento proferido apenas nas instâncias ordinárias, e não no julgado do STJ.*” (STJ, AgInt na AR 5.338/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/08/2019, DJe 19/08/2019.)

Por outro lado, é inaplicável à espécie o enunciado da Súmula 249 do STF. (STF, Súmula 249, Sessão Plenária de 13/12/1963. “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”) Aqui, diferentemente da hipótese de fato disciplinada por esse enunciado, esta Corte *não apreciou* “a questão federal controvertida”.

Na realidade, aqui, é pertinente a invocação do enunciado da Súmula 515 do STF (Súmula 515: “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no

pedido rescisório.”) Na espécie, “a questão federal apreciada” no recurso especial interposto pela autora da ação originária, ora ré, é “diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.”

Em consonância com a fundamentação acima, impõe-se seja declarada a incompetência desta Corte para processar e julgar a presente ação rescisória.

Finalmente, e, em observância ao disposto no §§ 5º e 6º do artigo 968 do CPC/2015, “constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada [...], deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.”

Nesse sentido, o seguinte precedente:

Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Última decisão de mérito proferida nos autos originários. Incompetência absoluta do Tribunal de Justiça Estadual. Competência do STJ. Cabimento da reautuação dos autos à luz do novo CPC.

1. Quando o STJ adentra o mérito da questão federal controvertida no recurso especial, opera-se o efeito substitutivo previsto no artigo 512 do CPC de 1973 (artigo 1.008 do NCPC), o que atrai a competência para apreciação da ação rescisória. Hipótese em que, consoante assente em julgamento proferido pela Segunda Seção, foi reconhecida a natureza meritória da última decisão proferida pelo STJ nos autos originários. Na ocasião, o referido órgão julgador considerou que a circunstância de o recurso especial não ter sido conhecido não descaracteriza sua natureza de decisão de mérito, uma vez detidamente examinada a controvérsia e indeferida a pretensão da recorrente.

2. Constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada (pois indicada como rescindível decisão de mérito que fora substituída por outra de tribunal superior), deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.

3. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.611.431/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017.)

O voto do relator, Ministro Luís Felipe Salomão, demonstra que, mesmo no caso de rescisórias ajuizadas sob a vigência do CPC/73, é cabível aplicação da regra do art. 64 do CPC/2015, por se tratar de regra de procedimento, de aplicabilidade imediata. Transcrevo:

Consoante assinalado na decisão monocrática agravada, a constatação da incompetência absoluta do órgão julgador perante o qual ajuizada a ação rescisória não esgota, a meu ver, o exame do recurso especial.

Isso porque, uma vez reconhecido o equívoco na indicação do acórdão rescindendo (e, conseqüentemente, a incompetência absoluta do respectivo órgão julgador), passa-se a questionar *qual a consequência jurídica, sob a ótica processual, que deverá advir de tal constatação: a extinção do processo sem resolução do mérito ou a remessa dos autos ao juízo competente.*

O CPC de 1973, ao discorrer sobre a declaração da incompetência absoluta, assim dispunha:

Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

§ 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.

§ 2º *Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente.*

Tal regra processual encontra-se reproduzida no artigo 64 do Novo CPC, *verbis*:

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º *Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.*

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

E, especificamente no tocante à declaração de incompetência absoluta do juízo perante o qual proposta a ação rescisória, s §§ 5º e 6º do artigo 968 do NCPC, assim preceituam:

Art. 968. (...)

(...)

§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

I - não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966;

II - *tiver sido substituída por decisão posterior.*

§ 6º Na hipótese do § 5º, após a emenda da petição inicial, será permitido ao réu complementar os fundamentos de defesa, e, em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal competente.

Nesse contexto normativo, verifica-se que o código processual vigente deixou claro que a regra geral - de remessa dos autos ao juízo competente em caso de declaração de incompetência absoluta - também se revela aplicável à ação rescisória.

Assim, uma vez constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada (pois indicada como rescindível decisão que fora substituída por outra de tribunal superior), deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.

Tal opção legislativa consagra a idéia do processo como instrumento de concretização do direito material e não como um fim em si mesmo. É o que se extrai do princípio da primazia do julgamento de mérito, norma fundamental do processo civil, enunciado no artigo 4º do NCPC.

Desse modo, a meu ver, encontra-se superada a jurisprudência desta Corte - anterior à vigência do Novo CPC - que pugnava pela inaplicabilidade do § 2º do artigo 113 do CPC de 1973 à ação rescisória, tão somente por considerar inviável a adequação do objeto da ação, de ofício, pelo Poder Judiciante (*AR 4.515/RN*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 11.03.2015, DJe 19.03.2015; *AgRg na AR 4.752/MG*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 10.10.2012, DJe 16.10.2012; e *AgRg na AR 4.749/SP*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 28.09.2011, DJe 07.10.2011).

Importante assinalar que, nos termos do artigo 14 do NCPC, a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

No caso, o acórdão estadual que reconheceu a incompetência absoluta do juízo (determinando a extinção da ação rescisória sem julgamento do mérito) consubstancia ato processual que, em virtude do conhecimento do recurso especial, pode ser objeto de substituição ou de desconstituição por decisão desta Corte (artigo 512 do CPC de 1973 ou artigo 1.008 do NCPC).

Nessa perspectiva, sobrevindo regra específica de julgamento da rescisória (a qual já encontrava guarida em regra geral do código revogado), não se verifica óbice a sua aplicação imediata quando do julgamento substitutivo da decisão recorrida.

O equívoco do endereçamento da inicial não caracteriza, ademais, situação jurídica consolidada, ou seja, não fica cristalizado por força de jurisprudência superada pelo próprio legislador, que, em uma interpretação autêntica (ainda que posterior), deixou claro que a regra geral (de remessa dos autos ao juízo competente quando reconhecida hipótese de incompetência absoluta) sempre abrangerá o procedimento atinente à ação rescisória.

Ademais, conforme também explicitado no referido precedente, essa orientação não discrepa do entendimento adotado pela Segunda Seção, na Questão de Ordem AR 5.931/SP, na qual se decidiu acerca das hipóteses de cabimento da ação rescisória e não a propósito das regras de procedimento quando do julgamento de ação rescisória ajuizada perante Tribunal sem competência. Do voto condutor do acórdão extraio:

5. Cumpre assinalar que a presente exegese não destoa daquela, recentemente, adotada pela Segunda Seção, quando do acolhimento da *Questão de Ordem na AR 5.931/SP*, segundo a qual *os pressupostos para ajuizamento da rescisória* devem observar a norma processual vigente à época do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

No bojo da referida questão de ordem, citou-se doutrina no sentido de que **“o juízo rescisório vincula-se às hipóteses previstas na lei vigente ao tempo do trânsito em julgado da sentença rescindenda; por isso, a própria eliminação da ação rescisória, por efeito de lei nova, não excluiria o ajuizamento e apreciação, segundo a disciplina da lei anterior, de ações rescisórias que, sob sua vigência, se tornaram possíveis”** (NEVES, Celso. *Prazo de ação rescisória e direito intertemporal*. <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66916/69526>>, consultado em 20 de out. de 2017).

A discussão dos autos - atinente à consequência jurídica do reconhecimento da incompetência absoluta do juízo em que proposta a rescisória - não caracteriza pressuposto da citada ação, mas, sim, regra de procedimento que veio a determinar, expressamente, a remessa dos autos ao juízo competente, nos termos de norma geral existente inclusive no CPC de 1973.

O *distinguishing* é, portanto, evidente. Na *QO na AR 5.931/SP*, firmou-se tese de direito intertemporal referente aos pressupostos processuais da ação rescisória. Na espécie, defende-se a aplicação imediata de regra procedimental superveniente para o julgamento da rescisória. Há, contudo, uma outra peculiaridade no caso dos autos: o CPC de 1973, na parte geral, já determinava a remessa dos autos ao juízo competente em caso de reconhecimento de incompetência absoluta.

Assim, não se vislumbra qualquer dissonância entre as referidas exegeses.

No mesmo sentido, o acórdão da Quarta Turma no REsp 1.756.749-MS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

Recurso especial. Ação rescisória. Capitalização de juros. Cédula de crédito comercial. Negativa de prestação jurisdicional. Omissão. Não ocorrência. Competência absoluta do STJ para julgamento da ação rescisória. Operado o efeito substitutivo do recurso especial cujo acórdão transitou em julgado. Caracterização de dúvida fundada quanto ao Tribunal competente. Necessidade de remessa do feito. Exegese dos arts. 64, § 3º, e 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015. Regra de procedimento. Aplicação do sistema do isolamento dos atos processuais. Recurso especial de Banco do Brasil S.A. conhecido e parcialmente provido.

1. O propósito recursal consiste em definir: *i*) a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional; *ii*) o Tribunal competente para o julgamento da ação rescisória ajuizada perante o Tribunal de origem; e *iii*) caso reconhecida a competência desta Corte Superior, a norma processual regente da consequência jurídica oriunda do julgamento de incompetência do Tribunal de origem, se a extinção do processo sem resolução do mérito ou a remessa dos autos ao Tribunal competente, nos termos do art. 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015.

2. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

3. Operado o efeito substitutivo do acórdão rescindendo prolatado por este Tribunal Superior, nos autos do REsp n. 1.284.035/MS, em que se manteve a vedação à capitalização de juros em cédula de crédito comercial, segundo o art. 512 do CPC/1973 (art. 1.008 do CPC/2015), ressaí incontestável a competência do STJ para o julgamento da ação rescisória na qual se discute acerca da legalidade do anatocismo, nos termos do art. 105, I, e, da CF/1988.

4. Os pressupostos processuais da ação rescisória, assim como as respectivas hipóteses de cabimento, devem ser aferidos segundo a lei processual vigente ao tempo do trânsito em julgado da decisão rescindenda, ao passo que, sobrevindo lei adjetiva nova no curso da demanda, os atos futuros ainda não iniciados submeter-se-ão à *novatio legis*, consoante preconiza o sistema do isolamento dos atos processuais adotado pela jurisprudência desta Corte Superior e positivado nos arts. 1.211 do CPC/1973 e 14 e 1.046 do CPC/2015.

5. Não obstante a presente ação rescisória tenha sido proposta sob a égide do diploma processual revogado, o julgamento de extinção do processo sem resolução de mérito pelo TJMS, em virtude de incompetência, se deu à luz do CPC/2015, de forma a incidir a lei nova e, por conseguinte, o atendimento à providência do art. 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015, por configurar regra de procedimento, que deve ser observada quando houver dúvida fundada acerca da competência, como na hipótese.

6. De rigor, assim, a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para que seja oportunizado ao autor a emenda da inicial e, posteriormente, ao réu a complementação dos argumentos de defesa, com a subsequente remessa do feito a esta Corte Superior para processamento e julgamento da ação rescisória em comento.

7. Recurso especial de Banco do Brasil S.A. conhecido e parcialmente provido. (DJe 3.12.2020).

Penso que a mesma solução há de ser adotada no caso ora em análise, com a declaração de incompetência desta Corte, facultando-se ao autor a emenda da petição inicial, e ao réu a complementação da defesa, para remessa ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

IV

Em face do exposto:

A) declaro a incompetência desta Corte para processar e julgar a presente ação rescisória;

B) determino a intimação do autor para proceder à emenda da inicial para adequação do objeto da ação; em seguida, do réu, para a complementação da defesa e a posterior remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Fica mantida a tutela de urgência até a respectiva apreciação pelo Tribunal competente.

É como voto.

VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de ação rescisória proposta por Itaú Unibanco Banco Múltiplo S.A., “na qualidade de sucessor universal do *Banco Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A*”, com fundamento no art. 485, V (“violar literal disposição de lei”), do CPC/1973, contra Sarah Fiuza Gontijo, buscando rescindir decisão monocrática do eminente Ministro *Sidnei Beneti*, proferida no REsp n. 1.064.897/MG, com o seguinte teor:

1.- Sarah Fiuza Gontijo interpõe Recurso Especial com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra Acórdão proferido pela Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Rel. Des. José Affonso Da Costa Côrtes), assim ementado (fl. 627):

Instituição financeira. Tarifas. Taxas. Não contratadas. Cálculo. Dano moral. Contrato. Direito de cobrar. Somente o contratado. A devolução de valores não contratados e que foram cobrados indevidamente pela instituição financeira, devem ser devolvidos atualizados pelas mesmas taxas de juros e metodologia de cálculo empregado no contrato firmado pelas partes. Para restar devidamente configurado o dano moral, indispensável é a prova do abalo moral. Para que a instituição financeira tenha direito de cobrar uma tarifa ou taxa, não basta a autorização do Banco Central do Brasil, devendo tais encargos estar previsto no contrato.

2.- Sustenta ofensa aos artigos 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, alegando que aplica-se ao caso o § 3º do texto legal e, caso assim não se entenda, requer a majoração da verba honorária fixada por equidade em valor que considera ínfimo e 284, 302 e 304 do Código de Processo Civil ao entendimento de que ocorreu preclusão em razão da ausência de impugnação específica do laudo pericial anexo à inicial, bem como divergência jurisprudencial acerca da ocorrência do dano moral no caso concreto, isto é, de débito de taxa e tarifas não contratadas pela instituição financeira.

É o relatório.

3.- Primeiramente, com relação à verba honorária, “conforme já decidi esta Corte, quando o acórdão proferido for de cunho condenatório, devem os honorários advocatícios ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil” (AgRg no Ag 1.050.691/RS, Rel. Min. *Vasco Della Giustina*, DJe 18.6.2009).

Desse modo, como a sentença proferida no presente caso é de cunho condenatório, aplica-se a literalidade do artigo 20, § 3º, do CPC e, atentando-se para os parâmetros de suas alíneas, fixa-se a honorária em 10% sobre o valor da condenação. Em consequência, resta prejudicada a pretensão recursal de revisão da verba honorária fixada com base no § 4º do artigo 20 do CPC.

4.- Com relação a preclusão, a jurisprudência desta Corte já decidiu que, “se o acórdão recorrido afirma ter havido a impugnação aos fatos narrados pela autora, não tem lugar o contido no art. 302 do CPC” (REsp 184.769/MA, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJ 15.3.1999) e, ademais, “a presunção de veracidade dos fatos não especificamente impugnados na contestação cede quando incompatível com as provas geradas pela defesa, consideradas em seu conjunto (Art. 302, III, do CPC)” (REsp 772.804/SP, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJ 2.10.2006).

Além do mais, o próprio Acórdão recorrido deixou consignado que “o Magistrado tem ampla e total liberdade no momento de prolatar sua decisão, não estando vinculado a este ou aquele documento, mas sim ao processo no todo” (fl. 633).

5.- Por fim, o Tribunal de origem, a respeito dos danos morais, concluiu que “apesar de existir o primeiro requisito (ato ilegal praticado pela instituição financeira), não vislumbro o alegado dano moral, pois na pior das hipóteses pode ter ocorrido no presente caso, no máximo, um mero dissabor, aborrecimento, incapaz de ocasionar dano moral” (fl. 632).

De outro lado, a Recorrente insiste na caracterização do dano moral, acenando com a jurisprudência desta Corte a respeito da desnecessidade de prova do dano moral.

Desse modo, verifica-se que a pretensão recursal implica revolvimento do quadro fático-probatório, o que não se admite por força da Súmula 7 desta Corte: *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*

Ressalte-se que esta Corte já decidiu que “*para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos*” (REsp 968.762/MG, desta Relatoria, DJe 20.6.08), o que não é o caso dos autos.

6.- Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).

Publique-se. Intimem-se. (e-STJ fls. 211/213.)

Para demonstrar o cabimento da ação rescisória e especificar o julgado rescindendo proferido nesta Corte Superior, que teria substituído os acórdãos do TJMG, o autor narrou os seguintes fatos e atos processuais verificados a partir da interposição dos recursos especiais interpostos pelas partes:

14.) Contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual deu parcial provimento ao recurso interposto por *Sarah Gontijo*, complementado por acórdão que julgou seus embargos declaratórios, o Banco autor interpôs recurso especial, forte nos seguintes fundamentos:

a. Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, porquanto o acórdão exarado pelo TJMG teria sido omissis acerca de questões fundamentais;

b. Legalidade da cobrança dos encargos e das tarifas impugnadas pela Requerida, porquanto realizadas em conformidade com as determinações do Banco Central, de modo que não poderia subsistir a condenação em repetição de indébito;

c. Quando muito, a repetição do indébito deveria ser realizada de forma simples, e não em dobro, porquanto ausente a má-fé da instituição financeira (inaplicabilidade do CDC 42);

d. Sobre a inaplicabilidade do CDC 42, porquanto ausente o requisito da má-fé, o Banco ora Autor também interpôs o recurso especial com base na alínea "c" do permissivo constitucional.

15.) Também interpôs recurso especial a ora ré sustentando ofensa aos artigos 20, §§ 3º e 4º, pleiteando a majoração da condenação a título de honorários advocatícios, bem como violação aos artigos 284, 302 e 304 do Código de Processo Civil, afirmando que teria havido preclusão em razão da suposta ausência do Banco Autor de impugnar o laudo pericial anexado à inicial. Por fim, arguiu a ora Ré divergência jurisprudencial acerca da ocorrência do dano moral no caso concreto.

16.) Ao realizar o juízo de admissibilidade dos referidos recursos, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais *admitiu o recurso especial interposto pela ora Requerida*, e, de outro lado, inadmitiu o recurso interposto pela instituição financeira autora, sustentando óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, bem como que inexistira dissídio jurisprudencial a justificar o apelo.

17.) Contra essa decisão que negou seguimento ao recurso especial, o Banco Autor interpôs agravo de instrumento, o qual não foi conhecido por esse Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

1.- Trata-se de Agravo Interno interposto pelo *Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A* contra decisão que, na origem, não admitiu seu Recurso Especial interposto em desfavor de *Sarah Fiuza Gontijo*.

É o breve relatório.

O recurso não merece conhecimento.

2.- Verifica-se que, nas razões do Agravo de Instrumento, não houve a impugnação da decisão agravada em toda a sua extensão, mormente quanto à afirmação de ser inviável o especial por incidência da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, limitando-se a renegar o juízo de admissibilidade realizado, bem como a infirmar, tão-somente, o cabimento do recurso pelas razões anteriormente expostas.

3.- Registre-se que a parte, ao recorrer, deve buscar demonstrar o desacerto da decisão contra a qual se insurge, refutando todos os seus óbices, sob pena de vê-la mantida.

4.- Logo, sendo os fundamentos suficientes para manter a conclusão do julgado, fica inviabilizado o recurso, à luz das Súmulas 182 desta Corte e 283 do excelso Supremo Tribunal Federal, aplicadas, respectivamente, por extensão e analogia.

5.- Pelo exposto, não se conhece do agravo de instrumento.

18.) Essa decisão ainda foi objeto de agravo regimental interposto pelo Banco Requerente, recurso esse improvido, de forma que se manteve a decisão da lavra do Ministro *Sidnei Beneti*, a qual havia negado conhecimento ao agravo tirado de decisão denegatória em recurso especial. Veja-se:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Fundamento não atacado.

- Nas razões do agravo de instrumento devem ser impugnados todos os fundamentos suficientes da decisão monocrática que, na origem, não admitiu o recurso especial. Inteligência da Súmula 182 desta Corte.

Agravo improvido.

19.) De outro lado, o recurso especial interposto pela ora ré, *Sara Fiuza Gontijo*, foi conhecido e parcialmente provido, apenas para o fim de se fixar a condenação a título de verba honorária em 10% sobre o valor da condenação:

3.- Primeiramente, com relação à verba honorária, “conforme já decidi esta Corte, quando o acórdão proferido for de cunho condenatório, devem os honorários advocatícios ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil” (AgRg no Ag. 1.050.691/RS, Rel. Min. *Vasco Della Giustina*, DJe 18.06.2009).

Desse modo, como a sentença proferida no presente caso é de cunho condenatório, aplica-se a literalidade do artigo 20, § 3º, do CPC e, atentando-se para os parâmetros de suas alíneas fixa-se a honorária em 10% sobre o valor da condenação. Em consequência, resta prejudicada a pretensão recursal de verba honorária fixada com base no § 4º do artigo 20 do CPC.

(...)

6.- *Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º).*

20.) Essa, portanto, foi a decisão que, substituindo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conheceu e deu parcial provimento ao recurso manejado pela Requerida, mantendo a condenação imposta ao Banco Autor no sentido de restituir, em dobro cobrança indevida, empregando na correção monetária a mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial.

21.) Todavia, essa decisão, transitada em julgado, ao permitir a utilização de metodologia de juros capitalizados por particular, conferindo à pessoa física da Ré prerrogativas legais atribuídas tão somente às instituições financeiras, violou literal disposição de lei (artigo 1º Decreto 626/33; artigo 4º, IX, Lei 4.595/64; CC/1916 1.062 – CC 406; CC/1916 1.059 – CC 402; CC/1916 1.061 – CC 404; CDC 42).

22.) Por tudo isso e como adiante se trata em pormenor, a presente demanda deve ser conhecida e provida em seus dois juízos: tanto o *juízo rescindendo* [para cassar a v. acórdão rescindendo]; quanto o *juízo rescisório* [para que a ação de repetição de indébito proposta anteriormente pela Ré Sarah Fiuza Gontijo seja julgada procedente apenas para se condenar o Banco Autor ao pagamento, em dobro, do indébito, atualizando-se o débito de acordo com os juros legais, **afastando-se por completo o emprego, na atualização do indébito, da metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial**]. (e-STJ fls. 6/9.)

Na sequência, o autor passa a cuidar dos temas de mérito da rescisória, deduzindo as seguintes alegações:

(i) “expressa vedação do Decreto n. 22.626/1933, art. 1º: proibição legal ao particular de auferir juros mensais em patamar superior a 1% (um por cento)” (e-STJ fl. 10);

(ii) “inobservância do art. 4º, inciso IX, da Lei n. 4.595/1964: equivocada extensão à pessoa física ora Ré das prerrogativas legais atribuídas tão somente às Instituições financeiras” (e-STJ fl. 10);

(iii) “violação frontal ao art. 1.062 do CC/1916 e aos arts. 406 e 591 do CC/2002: condenação em juros superiores aos limites legais” (e-STJ fl. 13);

(iv) “contrariedade aos arts. 1.059 e 1.061 do CC/1916 e aos arts. 402 e 404 do CC/2002: errônea perspectiva atribuída pelo acórdão rescindendo ao pleito indenizatório” (e-STJ fl. 13);

(v) “ultraje às disposições do CDC 42: repetição de indébito deve ser em dobro, atualizada de acordo com os *juros legais*” (e-STJ fl. 16).

Defende não incidir a Súmula n. 343 do STF, tendo em vista que “o posicionamento desse e. STJ, quanto à aplicabilidade de juros de mercado apenas às instituições financeiras já havia se pacificado, antes do trânsito em julgado do acórdão rescindendo” (e-STJ fl. 17).

Ao final, requer seja a ação rescisória integralmente acolhida para:

a) *Quanto ao juízo rescindendo*: i) seja julgado procedente o pedido para que se reconheça que o v. Acórdão rescindendo violou frontalmente os dispositivos legais supramencionados (CPC 485 V); e ii) para que se desconstitua o v. aresto rescindendo, afastando-se a coisa julgada indevidamente formada na ação originária;

b) *Quanto ao juízo rescisório*: que ao final da demanda esse Egrégio Superior Tribunal profira nova decisão na ação originária, a fim de se declarar que a restituição dos valores referentes à cobrança de tarifas indevidas e outros débitos

não autorizados seja corrigida monetariamente pelos índices da tabela adotada pela Corregedoria de Justiça do TJMG, acrescida de juros legais de 0,5% (meio por cento) ao mês até a entrada em vigor do Novo Código Civil e de 1% (um por cento) a partir dessa data, em consonância com a legislação e jurisprudência pátrias. (e-STJ fl. 22.)

Atribuiu à causa o valor de R\$ 114.924,23 (cento e quatorze mil, novecentos e vinte e quatro reais e vinte e três centavos).

A ré apresentou contestação invocando, em preliminar de mérito, a decadência, assim argumentando:

Na hipótese analisada nestes autos, a última decisão na ação de conhecimento, isto é, aquela que julgou monocraticamente o recurso especial interposto pela Ré, Sarah Fiúza Gontijo, para acrescer à condenação do Autor o pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o *quantum debeatur*, foi publicado no DJe em 11 de setembro de 2009 (doc. anexo).

O eventual recurso cabível em face da decisão monocrática seria, portanto, o agravo interno, cujo prazo é de apenas 05 (cinco) dias (artigo 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça). Com isto, pode-se afirmar com segurança que o acórdão transitou livremente em julgado em 16 de setembro de 2009 (segunda-feira).

Ocorre que a presente ação rescisória somente foi protocolizada perante este Superior Tribunal de Justiça em 19 de setembro de 2011 (segunda-feira) (doc. anexo), ocasião em que incontestavelmente já havia transcorrido o prazo de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória. (e-STJ fl. 303/304.)

A ré alega também que:

(i) o STJ não tem competência para processar e julgar a ação rescisória, tendo em vista que a decisão rescindenda não apreciou o mérito das questões invocadas pelo autor;

(ii) o autor não tem legitimidade para propor a ação, considerando que a decisão rescindenda foi proferida “em face de Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A”, inexistindo demonstração da relação societária entre as referidas instituições financeiras;

(iii) o depósito judicial realizado (art. 488, II, do CPC/1973) é insuficiente, sendo certo que o valor dado à causa é inferior ao correto, apurado em liquidação (R\$ 352.316,48);

(iv) incide no caso a Súmula n. 343 do STF;

(v) o pedido improcede no mérito, não estando caracterizadas as violações dos arts. 1º do Decreto n. 22.626/1933, 4º da Lei n. 4.595/1964, 402, 406 e 591 do CC/2002 e 42 do CDC.

Em réplica, o autor alegou não estar configurada a decadência, explicando que:

2.) Todavia, Excelência, ignora a Ré que a última decisão proferida na ação originária foi disponibilizada em 10.9.2009, quinta-feira, e publicada no dia 11.9.2009, quinta-feira, e publicada no dia 11.9.2009, sexta-feira, conforme se depreende das fls. 4-STJ 214.

3.) Isso significa dizer que eventual prazo para a oposição de embargos de declaração ou para a interposição de agravo regimental (5 dias) iniciou-se apenas e tão somente no primeiro dia útil subsequente ao da publicação, qual seja o dia 14.9.2009, segunda-feira, encerrando-se, por conseguinte, em 18.9.2009, sexta-feira.

4.) Assim, tendo em vista que não houve a interposição de nenhum recurso, tem-se que o aresto rescindendo transitou em julgado no dia seguinte ao término do prazo recursal, ou seja, 19.9.2009, do que se evidencia que a presente ação rescisória foi ajuizada tempestivamente, no prazo de 2 (dois) anos após o trânsito em julgado (19.9.2011). (e-STJ fl. 502.)

Quanto à competência do STJ, o autor sustenta que esta Corte conheceu do recurso especial da ora ré e o desproveu na parte relativa ao tema da “preclusão”. Seria “dessa última questão jurídica arguida pela própria Ré que surge a competência desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação rescisória” (e-STJ fl. 503). Isso porque, conforme o mencionado recurso, “o pedido de reconhecimento da ocorrência de preclusão tinha por objetivo (a) reconhecer como valor da indenização a quantia apurada em perícia e supostamente não impugnada pelo Banco ora Autor (R\$ 3.545,77); (b) determinar sua devolução em dobro; e (c) aplicar ao indébito a mesma metodologia de cálculo utilizada no contrato de cheque especial” (e-STJ fl. 503). Ademais, caso venha a ser reconhecida a incompetência, descaberá a extinção do processo, sendo caso de remessa dos autos ao Tribunal competente. Cita precedentes (AR n. 4.634/SC, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Terceira Seção*, DJe 3/5/2013; AgRg na AR 4.670/RJ, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe 9/12/2011; e AR n. 4.582/DF, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Seção*, DJe 24/5/2011) e menciona o art. 968, § 5º, do CPC/2015.

Afirma ser parte ativa legítima, destacando que, “como se observa do ‘Protocolo e Justificação de Cisão Parcial do *Unibanco*’, acostado às fls. 232/237

dos autos da presente ação rescisória (item 2.4.2), houve cisão do Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A, de modo que parcela de seu patrimônio cindido [notadamente as operações bancárias] foi vertida para o Itaú Unibanco S/A (atualmente denominação do Banco Itaú S/A)” (e-STJ 508). Com isso, o banco autor tornou-se “sucessor universal do *Unibanco*, no tocante às operações bancárias da sociedade cindida” (e-STJ fl. 508).

Defende como corretos o valor atribuído à causa e a importância depositada nos termos do art. 488, II, do CPC/1973.

No mais, aduz que não incide a Súmula n. 343 do STF, tendo em vista que, quando proferida a decisão rescindenda (22/9/2009), a matéria estava consolidada no STJ em sentido oposto. No mérito, entende que a demanda deve ser provida, ressaltando que “permitir que se conceda à pessoa física da Ré as prerrogativas legais atribuídas tão somente às instituições financeiras significaria [...] enriquecimento ilícito por parte da Ré” (e-STJ fl. 527).

As partes apresentaram alegações finais (e-STJ fls. 655/684 e 687/701), e o Dr. *Antonio Carlos Alpino Bigonha*, ilustrado Subprocurador-Geral da República, manifestou-se pela procedência da ação rescisória (e-STJ fls. 705/710).

A Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Relatora, concedeu “o efeito suspensivo pretendido, obstando o processo de execução calcado no acórdão rescindendo até que se verifique o trânsito em julgado da presente ação rescisória” (e-STJ fl. 778).

A eminente Relatora negou seguimento à impugnação ao valor da causa (e-STJ fls. 94/95 – autos da Petição n. 11.378/MG).

Relatório juntado às fls. 824/825 (e-STJ).

A presente ação rescisória não merece acolhimento.

Inicialmente, não está caracterizada a decadência. Publicada a decisão rescindenda em 11/9/2009, sexta-feira (e-STJ fl. 214), o prazo legal de 5 (cinco) dias para a interposição de agravo regimental terminou em 18/9/2009. Com efeito, contado o prazo de 2 (dois) anos a partir de 19/9/2009, revela-se tempestiva a ação rescisória proposta em 19/9/2011. Sobre a contagem do prazo decadencial, cito os seguintes precedentes:

Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Impugnação ao cumprimento de sentença. Prazo decadencial. 2 anos. Termo *a quo*. Dia seguinte ao término do prazo recursal. Precedentes do STJ. Decadência afastada. Decisão mantida.

1. O prazo de 2 anos para propor a ação rescisória é contado do dia seguinte ao término do prazo recursal da decisão que se pretende rescindir. Precedentes do STJ.

[...]

3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.573.825/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 24/10/2019.)

Processo Civil. Embargos à execução. Ação rescisória. Prazo decadencial. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida. Certidão que não especifica a data do efetivo trânsito em julgado. Precedentes desta Corte. Decadência. Ação rescisória extinta com resolução do mérito. Art. 269, IV, do CPC.

1. A teor do art. 495 do CPC/1973, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.” Assim, o prazo decadencial passa a fluir do dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial de mérito.

[...]

5. Ação rescisória julgada extinta, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil/1973. (AR n. 3.983/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe 19/9/2018.)

Ação rescisória. Prazo de decadência (art. 495 do CPC). Inobservância. Data do trânsito em julgado: alegação de que estaria demonstrada em certidão emitida por funcionário do Poder Judiciário. Inadmissibilidade.

1. A decadência do direito de desconstituir, em ação rescisória, a coisa julgada material implementa-se no prazo de dois anos iniciado no dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial.

[...]

5. *Ação rescisória julgada extinta em razão da decadência.* (AR n. 4.374/MA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 6/6/2012.)

No mais, as questões apresentadas na inicial da rescisória, relacionadas ao mérito dos encargos da dívida, de fato, não foram enfrentadas na decisão rescindenda, que julgou exclusivamente o recurso especial interposto pela ora ré. Tal julgado se limitou a enfrentar os temas pertinentes aos honorários advocatícios, à preclusão para impugnar o laudo pericial e ao dano moral, provendo o recurso especial apenas para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

A própria narrativa apresentada pelo autor, reproduzida anteriormente, deixa essa situação muito clara.

Nesse contexto, revela-se inadmissível postular a rescisão de julgado do STJ.

Ante o exposto, acompanho o voto da eminente Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Relatora.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andriahi: Cuida-se de ação rescisória ajuizada por *Itaú Unibanco Banco Múltiplo S/A*, na qualidade de sucessor universal do *Banco Unibanco*, com fundamento no art. 485, V, do CPC/73, visando à rescisão de decisão monocrática proferida pelo i. Ministro Sidnei Beneti nos autos do REsp 1.064.897/MG.

Ação originária: de repetição de indébito cumulada com pedido de indenização por danos morais ajuizada por *Sarah Fiuza Gontijo* em desfavor do autor, por meio da qual busca a declaração de nulidade de tarifas e encargos alegadamente indevidos, bem como a condenação à restituição em dobro desses valores e ao pagamento de indenização por danos morais.

Sentença: julgou parcialmente procedente os pedidos, para declarar a ilegalidade dos débitos lançados na conta corrente da ora ré sob as rubricas “*Tar. Ch. Esp*”, “*Tar. Cartão*”, “*Tar. Sv. C/C*”, “*Diversos*”, “*Juros*”, “*Cta. Sob Medida*”, “*Deb. Carnaval*”, “*Pagt. Título*”, e condenar o ora autor à restituição, em dobro, de R\$ 3.145,39 relativos à cobrança de tarifas indevidas e débitos não autorizados, corrigidos pelos índices da tabela adotado pela Corregedoria de Justiça de MG, a partir de dezembro de 2005 e acrescidos de juros de 1% ao mês a partir da sentença (30/01/2005).

Acórdão: negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor e deu parcial provimento à apelação da ré, para determinar que o autor lhe restitua os valores descontados indevidamente, aplicando-se a mesma metodologia de cálculo e juros previstos no contrato de cheque especial, bem como efetue a restituição integral do indébito.

Recurso especial do Unibanco: aponta violação ao art. 535 do CPC/73, ao art. 42, parágrafo único, do CDC, além de divergência jurisprudencial com julgados desta Corte, do TJ/PR e do TJ/RS.

Recurso especial de Sarah Fiuza Contijo: sustenta violação aos arts. 20, § 3º, 302, 304 e 285 do CPC/73 e dissídio jurisprudencial com precedentes desta Corte. Argumenta que os honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 são ínfimos, devendo honorários serem fixados em percentual incidente sobre o valor da condenação. Alega que nenhum dos documentos acostados à inicial foram impugnados em sede de contestação.

Decisão de admissibilidade: admitiu o recurso de Sarah Fiuza Contijo e inadmitiu o recurso especial de Unibanco.

Decisão unipessoal no Agravo 1.057.153/MG: o i. Ministro Sidnei Beneti não conheceu do agravo interposto por Itaú Unibanco.

Acórdão do STJ no AgRg no Ag 1.057.153/MG: negou provimento ao agravo regimental.

Decisão unipessoal no REsp 1.064.897/MG: o e. Ministro Sidnei Beneti deu parcial provimento ao recurso especial de Sarah, para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

Ação rescisória: sustenta ofensa literal aos arts. 1º do Decreto 626/33; 4º, IX, da Lei 4.595/64; 1.062, 1.059 e 1.061 do CC/16; 406, 591, 402 e 404 do CC/02 e 42 do CDC, tendo em vista a impossibilidade de devolução do indébito pela mesma metodologia de cálculo aplicada no contrato de cheque especial. Defende ser incabível a restituição à pessoa física pelas mesmas taxas cobradas pela instituição financeira, requerendo, assim, que os juros sejam limitados à taxa legal de 0,5% a.m., até a entrada em vigor do NCPC e, a partir desse marco temporal, à 1% a.m.

Argumenta, finalmente, a não incidência, à espécie, da Súmula 343/STF.

Contestação: em sede de preliminar, alega a decadência do direito de postular a rescisão da decisão, ao fundamento de que a última decisão proferida nos autos é aquela objeto da presente ação rescisória e transitou em julgado em 16/09/2009. Todavia, a presente ação foi proposta apenas em 19/09/2011. Suscita a incompetência do STJ para exercer o juízo rescindendo e rescisório sobre o acórdão prolatado pelo TJ/MG, tendo em vista que o recurso especial do autor não foi conhecido e o da ré apenas foi provido no tocante à majoração dos honorários advocatícios, de modo que não houve exame do mérito. Aduz, ainda, ser o autor incompetente para figurar no polo ativo da presente demanda, porquanto a decisão rescindenda foi proferida em face de Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A.

Em acréscimo, sustenta que o depósito judicial está em desacordo ao disposto no art. 488, II, do CPC/73, revelando-se insuficiente e a incidência da Súmula 343/STF.

No mérito, aduz, em síntese, que inexistente violação literal aos dispositivos legais indicados.

Parecer do MPF: de lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Carlos Alpino Bigonha, opina pela procedência da ação rescisória (e-STJ, fls. 705-710).

Voto da Relatora: na sessão do dia 26/05/2021, a Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora da presente ação, votou por declarar a incompetência do STJ para processar e julgar a presente ação rescisória.

Voto do Revisor: acompanhou o voto da e. Relatora.

Subsequentemente, pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia.

É o relatório.

O propósito da ação rescisória é obter novo pronunciamento judicial acerca dos encargos incidentes sobre o valor da condenação relativa à restituição do indébito.

Ao início, como bem esclareceu a e. Relatora, a presente ação foi ajuizada sob a égide do CPC/73, razão pela qual as questões controvertidas serão analisadas com base nas normas que compõe esse diploma legal.

I. Primeira preliminar: Decadência

1. Nos termos do art. 495 do CPC/73, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. Ao interpretar essa norma, esta Corte Superior firmou a orientação cristalizada na Súmula 401 do STJ, a qual estabelece que:

O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

2. Ademais, ao julgamento do REsp 1.112.864/MG, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (Tema 552), este Tribunal consolidou o entendimento de que o termo *a quo* para a propositura da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

3. Na espécie, o último pronunciamento judicial é a própria decisão rescindenda, a qual foi disponibilizada no DJe em 10/09/2009, considerando-se publicada, portanto, em 11/09/2009 (sexta-feira).

4. Levando em conta as referidas datas, tem-se que o prazo para recorrer dessa decisão teve início no dia 14/09/2009 (segunda-feira) e findou no dia 18/09/2009 (sexta-feira). Consequentemente, o trânsito em julgado operou-se em 19/09/2009.

5. A ação rescisória em julgamento, por sua vez, foi ajuizada em 19/09/2011. Ou seja, dentro do biênio decadencial.

6. Sendo assim, é de rigor o afastamento da prefacial de decadência.

II. Segunda preliminar: Incompetência do STJ

7. Segundo dispõe o art. 105, inciso I, alínea “e”, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça somente é competente para processar e julgar originariamente as ações rescisórias de seus próprios julgados.

8. À luz dessas ideias, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o STJ é incompetente para julgar a ação rescisória - proposta em face de seus próprios julgados - quando a decisão rescindenda não adentrar no mérito da controvérsia. A propósito da matéria:

Processual Civil. Agravo interno na ação rescisória. Inicial. Indeferimento. Incompetência. Recurso extraordinário provido parcialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Ausência de pronunciamento sobre os temas da rescisória na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

1. Ação rescisória buscando reforma de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na ausência de pronunciamento sobre redistribuição da sucumbência, bem como na repetição em dobro do indébito.

2. Existência de Recurso Extraordinário na causa, julgado pelo Supremo Tribunal Federal com parcial provimento ao recurso, questão que atrai a competência daquela Corte para o exame da redistribuição da sucumbência (corolário lógico do provimento do recurso) e das demais questões.

3. *Decisão proferida por esta Corte Superior que, ademais, tampouco se pronunciou sobre o mérito dos temas que envolvem a rescisória, denotando a falta de competência para o exame da lide.*

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl nos EDcl na AR 3.960/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020) (grifou-se)

Agravo interno na ação rescisória. Incompetência do STJ. Art. 105, I, "e", da Constituição da República. Acórdão proferido em agravo em recurso especial sem a apreciação do mérito. Intempestividade. Remessa dos autos ao Tribunal competente. Arts. 64, § 3º, e 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015.

1. *O Superior Tribunal de Justiça não detém competência para a apreciação de ação rescisória quando não proferiu pronunciamento a respeito do mérito da demanda rescindenda.*

2. Na espécie, a Terceira Turma desta Corte Superior negou provimento ao AgInt no AREsp 1.009.367/SP, em face da intempestividade do recurso especial, que tratava das matérias ora impugnadas. Tal fato impede o conhecimento da questão de fundo, razão pela qual a competência para processar e julgar a ação rescisória é do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

3. Agravo interno não provido, de forma a reconhecer a incompetência do STJ, com a abertura de prazo para emendar-se a petição inicial e consequente remessa dos autos ao Tribunal competente.

(AgInt na AR 6.077/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/02/2019, DJe 06/03/2019) (grifou-se)

Processual Civil. Ação rescisória. Erro de fato. Artigo 485, IX, do Código de Processo Civil. Acórdão rescindendo que não examinou o mérito da demanda em razão da incidência das Súmulas 83/STJ e 182/STJ e da não comprovação da divergência jurisprudencial. Incompetência do STJ. Processo extinto sem resolução de mérito.

1. Cuida-se de Ação Rescisória proposta por Luis Carlos Martins contra a União, objetivando desconstituir acórdão no AREsp 436.124/RS, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil.

2. Como bem destacado pelo Parquet federal no seu Parecer, o acórdão rescindendo confirmou a aplicação das Súmulas 182 e 83 do STJ e a não caracterização da divergência jurisprudencial.

3. *Assim, não houve julgamento de mérito pelo STJ, portanto esta Corte é incompetente para processar e julgar a presente Ação Rescisória.* Nesse sentido: AR 4.515/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 19/3/2015; AgRg na AR 4.888/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 1º/7/2015, e AgRg na AR 5.114/MG, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Seção, DJe 2/3/2016.

4. Processo extinto, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC.

(AR 5.621/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 28/08/2019, DJe 16/10/2019) (grifou-se)

9. A ausência de exame do mérito obsta o exercício do juízo rescindendo e rescisório por esta Corte pois não terá se operado, nessa hipótese, o efeito substitutivo do recurso (art. 512 do CPC/73 e art. 1.008 do CPC/2015). Aliás, como alerta a doutrina especializada “*o efeito substitutivo do recurso é fundamental (...) para fixação da competência para propositura de ação rescisória*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 939).

10. Sobre o assunto, é pertinente registrar que a Súmula 515 do STF prevê que “*a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório*”. Essa Súmula tem sido aplicada, por analogia, por esta Corte. Menciona-se, a título de exemplo, os seguintes julgados:

Processual Civil. Ação rescisória. Art. 485, V, do CPC. Ofensa à literal disposição de lei. Matéria não apreciada pela decisão rescindenda. Não cabimento. Realinhamento de voto.

(...)

4. Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, “*não cabe ação rescisória quando o pedido formulado nesta ação se refere a matéria diversa da que foi tratada no julgado rescidendo*” (AR 3.543/MG, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção**, julgado em 11/12/2013, DJe 19/12/2013.).

5. Realinho o voto anteriormente proferido. Ação rescisória extinta sem resolução de mérito. (AR 4.142/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 24/08/2016, DJe 07/10/2016) (grifou-se)

Agravo regimental. Ação rescisória. Exame de mérito. Questão diversa. Súmula n. 515-STF. Não provimento.

1. *Se a matéria versada na ação rescisória não foi apreciada pela decisão rescindenda, mas apenas do Tribunal de origem, tem aplicação ao caso, por analogia, a Súmula 515 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.”* Precedente.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na AR 4.320/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/11/2012, DJe 04/12/2012) (grifou-se)

11. Não se pode deixar de mencionar, além do mais, a Súmula 249 do STF, também aplicável, por analogia, a esta Corte Superior, que assim prescreve:

É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

12. Em outras palavras, “*a competência funcional para o julgamento da ação rescisória é determinada pela última decisão – transitada em julgado – na qual solucionada a controvérsia sobre o direito material*” (STF, AR 2032, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 03/06/2020). No mesmo sentido, cite-se outro precedente da Corte Suprema:

Direito Constitucional e Administrativo. Agravo Regimental. Segunda ação rescisória. Inadmissibilidade da utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento à ação rescisória que impugna acórdão proferido pelo STF em outra ação rescisória.

2. A intenção do autor é rediscutir o mérito de todas as decisões proferidas pelas instâncias inferiores, no entanto, é inadmissível a utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal.

3. O STF possui entendimento sedimentado no sentido de que “[e]m tema de ação rescisória, é essencial que o acórdão rescindendo, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, tenha efetivamente apreciado a questão federal controvertida, quer acolhendo-a, quer repelindo-a. É essa circunstância que define, para efeito do procedimento rescisório, a competência originária do Supremo Tribunal Federal (...)”. (RTJ 148/703, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello).

4. Agravo a que se nega provimento, com aplicação de multa de 5% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

(AR 2.475 AgR, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, DJe 29-05-2019) (grifou-se)

13. Destarte, o STJ apenas terá competência para processar e julgar a ação rescisória caso o acórdão rescindendo tenha sido proferido por esta Corte Superior e tenha apreciado o mérito da questão tratada na rescisória.

14. Na hipótese dos autos, o acórdão prolatado pelo TJ/MG na ação originária negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Banco Itaú e deu parcial provimento à apelação da ora ré, para determinar a restituição dos valores descontados indevidamente pela instituição financeira, aplicando-se a mesma metodologia de cálculo e juros previstos no contrato de cheque especial.

15. Em face dessa decisão, ambas as partes interpuseram recurso especial. O recurso especial do ora autor (Itaú Unibanco) versou sobre a legalidade dos encargos e tarifas pactuados e o descabimento da repetição do indébito. Lado outro, o recurso especial da ora demandada (Sarah) visou o arbitramento de danos morais e a fixação de honorários advocatícios em percentual sobre o valor da condenação.

16. O recurso especial do banco não foi admitido na origem. O agravo de instrumento interposto contra essa decisão não foi conhecido pelo Ministro Sidnei Beneti, em razão dos óbices das Súmulas 182/STJ e 283/STF. A Turma, à unanimidade, manteve essa decisão, negando provimento ao agravo regimental.

17. O recurso especial da ora requerida (Sarah), a seu turno, foi parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, apenas para majorar os honorários para 10% sobre o valor da condenação. A questão de mérito relativa aos danos morais não foi conhecida pelo e. Relator, devido à reconhecida incidência da Súmula 7/STJ.

18. Disso se extrai que esta Corte não se manifestou sobre o mérito da questão controvertida na presente ação rescisória, qual seja: a possibilidade de o banco ser condenado à restituição do indébito, aplicando-se os mesmos encargos convencionados no contrato entabulado entre as partes.

19. Assim, a competência para processar e julgar a presente ação rescisória é do TJ/MG, já que o acórdão desse Tribunal foi o último pronunciamento judicial que solucionou a controvérsia acerca do direito material.

III. Da remessa dos autos ao Tribunal competente

20. Conforme dicção do art. 968, § 5º, do CPC/2015, se reconhecida a incompetência para julgamento da ação rescisória, o autor deverá ser intimado para emendar a inicial, adequando o objeto da ação rescisória. Atendida a determinação, ao réu será oportunizada a complementação da defesa e, na seqüência, os autos serão remetidos ao tribunal competente (§ 6º).

21. O antigo diploma processual não contemplava previsão semelhante. Nada obstante, sendo norma de direito processual, não há óbice à sua aplicação imediata, nos termos do art. 14 do CPC/2015. Nesse sentido:

Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Última decisão de mérito proferida nos autos originários. Incompetência absoluta do Tribunal de Justiça

Estadual. Competência do STJ. Cabimento da reautuação dos autos à luz do novo CPC.

1. Quando o STJ adentra o mérito da questão federal controvertida no recurso especial, opera-se o efeito substitutivo previsto no artigo 512 do CPC de 1973 (artigo 1.008 do NCPC), o que atrai a competência para apreciação da ação rescisória. Hipótese em que, consoante assente em julgamento proferido pela Segunda Seção, foi reconhecida a natureza meritória da última decisão proferida pelo STJ nos autos originários. Na ocasião, o referido órgão julgador considerou que a circunstância de o recurso especial não ter sido conhecido não descaracteriza sua natureza de decisão de mérito, uma vez detidamente examinada a controvérsia e indeferida a pretensão da recorrente.

2. *Constatada a incompetência absoluta do tribunal perante o qual a rescisória foi ajuizada (pois indicada como rescindível decisão de mérito que fora substituída por outra de tribunal superior), deve o relator determinar a emenda da inicial para adequação do objeto da ação e a posterior remessa dos autos ao juízo competente para apreciação da demanda.*

3. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.611.431/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017) (grifou-se)

22. Assim, é cabível a emenda da petição inicial, com a posterior remessa dos autos à Corte competente.

IV. Conclusão

23. Forte nessas razões, acompanho o voto da Ministra Relatora, para declarar a incompetência do STJ para processar e julgar a presente ação rescisória.

RECURSO ESPECIAL N. 1.794.209-SP (2019/0022601-6)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Tonon Bioenergia S.A

Recorrente: Tonon Holding S.A

Recorrente: Tonon Luxembourg S A

Advogados: Joel Luis Thomaz Bastos - SP122443

Ivo Waisberg - SP146176

Bruno Kurzweil de Oliveira - SP248704

Lucas Rodrigues do Carmo - SP299667

Beatriz Delacio Gnipper - SP331734

Recorrido: China Construction Bank (Brasil) Banco Multiplo S/A

Advogados: Marcos de Rezende Andrade Junior - SP188846

Rebeca Brazuna Nogueira - SP319887

Arthur Chekmenian Spernega - SP317289

Gustavo Cesar de Souza Mourao - DF021649

Agravante: China Construction Bank (Brasil) Banco Multiplo S/A

Advogados: Marcos de Rezende Andrade Junior - SP188846

Rebeca Brazuna Nogueira - SP319887

Arthur Chekmenian Spernega - SP317289

Gustavo Cesar de Souza Mourao - DF021649

Agravado: Tonon Bioenergia S.A

Agravado: Tonon Holding S.A

Agravado: Tonon Luxembourg S A

Advogados: Joel Luis Thomaz Bastos - SP122443

Ivo Waisberg - SP146176

Bruno Kurzweil de Oliveira - SP248704

Lucas Rodrigues do Carmo - SP299667

Beatriz Delacio Gnipper - SP331734

EMENTA

Recurso especial. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Plano de recuperação. Novação. Extensão. Coobrigados. Impossibilidade. Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento. Credor titular. Necessidade.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a supressão das garantias reais e fidejussórias pode atingir os credores que não manifestaram sua expressa concordância com a aprovação do plano.

3. A cláusula que estende a novação aos coobrigados é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia geral, aos que abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição.

4. A anuência do titular da garantia real é indispensável na hipótese em que o plano de recuperação judicial prevê a sua supressão ou substituição.

5. Recurso especial interposto Tonon Bionergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxemborg S.A. não provido. Agravo em recurso especial interposto por CCB BRASIL – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por maioria, negar provimento ao recurso especial interposto por Tonon Bionergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxemborg S.A, vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, e vencido, em parte, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Ainda, por unanimidade, decide a Segunda Seção não conhecer do agravo em recurso especial interposto por CCB Brasil – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Nancy Andrichi, Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 12 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Tonon Bioenergia S.A.*, *Tonon Holding S.A.* e *Tonon Luxembourg S.A.*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que concedeu a recuperação às agravadas e homologou a aprovação do plano de recuperação em assembleia de credores. Homologação do plano. Condições gerais de pagamento. Decisões tomadas em assembleia geral de credores que não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle de legalidade, ainda mais na hipótese de aprovação do plano em assembleia. Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento expresso do credor titular da garantia. Súmula n. 61 deste Tribunal. A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória. REsp n. 1.333.349/SP representativo de controvérsia. Deságio. Ausência de ilegalidade na fixação do deságio em 80%. Recurso provido em parte (fl. 375, e-STJ)

Em suas razões recursais, as requerentes apontam, além de dissídio jurisprudencial, a violação dos artigos 49, 126 e 172 da Lei n. 11.101/2005 (LREF).

Sustentam que o plano de recuperação judicial foi aprovado em assembleia pela imensa maioria dos credores, motivo pelo qual deve surtir efeito para todos os credores, inclusive em relação àqueles que votaram contra sua aprovação.

Afirmam que a assembleia é soberana, não cabendo ao Poder Judiciário tutelar direito patrimonial disponível.

Destacam que a Lei n. 11.101/2005, em seu artigo 49, § 2º, prevê que as obrigações anteriores à recuperação manterão suas condições originalmente contratadas, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação. Assim, a possibilidade de alterar as condições das obrigações anteriores ao pedido de recuperação decorre de autorização legal.

Defendem, diante disso, que o plano ao prever que “(...) *todas as obrigações, covenants, índices financeiros, hipóteses de vencimento antecipado, multas, bem como quaisquer outras obrigações e garantias que sejam incompatíveis com as condições deste Plano deixam de ser aplicáveis*” está dentro da legalidade, não podendo ser modificado por decisão judicial.

Entendem que restringir a supressão das garantias aos que votaram favoravelmente ao plano de recuperação implica em permitir que seja dado tratamento diferenciado aos credores, o que viola o princípio da *par conditio creditorum*, tendo o condão de configurar o crime de favorecimento aos credores, conforme o art. 172 da LREF.

Afirmam que ao se permitir a manutenção das garantias, os credores poderão se valer delas, apesar de o crédito ter sido novado, o que viola o artigo 126 da LREF.

Aduzem que

(...)

Ao conceder dito privilégio, o credor terá seu crédito novado – por conta da exegese do art. 59 da Lei 11.101/2005 – contudo preservará a garantia até que seja quitado seu débito (em muitas vezes maior que o valor do crédito novado), impedindo o devedor de utilizar referida garantia para, por exemplo, adquirir novo crédito após a aprovação do plano, ou realizar qualquer outra forma de disposição que melhor aproveite as operações da empresa, inclusive o pagamento dos credores (fl. 530, e-STJ).

Consideram, ademais, que está satisfeita a exigência de anuência expressa do credor com garantia real, o que foi feito com a votação da respectiva classe de credores.

Por fim, apontam a existência de dissídio jurisprudencial com acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – AG n. 4008446-60.2013.8.12.0000 e desta Corte – REsp n. 1.532.943/MT.

Ao final, requerem o provimento do recurso especial para que seja mantida a decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau que homologou o plano de recuperação judicial sem ressalvas.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 558, e-STJ), e admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte Superior.

Contra o mesmo acórdão, **CCB Brasil – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A.** também interpôs recurso especial, com fundamento na alínea “c”, do permissivo constitucional, alegando a existência de dissídio jurisprudencial em relação a acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e Pernambuco.

Afirma que a adoção de deságio de 80% (oitenta por cento) sobre os créditos da classe III é ilegal e abusivo.

Em virtude da inadmissão do referido recurso na origem, sobreveio agravo em recurso especial (fls. 569/586, e-STJ).

Contraminuta às fls. 589/602 (e-STJ).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso especial e pelo não conhecimento do agravo em recurso especial em parecer assim sintetizado:

- Recurso especial que aponta violação e interpretação divergente dos arts. 47, 49, § 2º, 126 e 172, todos da Lei n. 11.101/2005.

- A supressão das garantias reais e fidejussórias, na forma expressamente prevista no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, não pode se restringir aos credores que votaram favoravelmente à medida, sob pena de se conferir tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária, razão pela qual a supressão de garantias vincula todos os credores da respectiva classe, inclusive aqueles que votaram contrariamente. Predentes do STJ.

- Agravo em Recurso Especial contra decisão que negou seguimento a súplica fundada no art. 105, III, 'c' da Constituição, apontando divergência jurisprudencial.

- Decisão agravada devidamente fundamentada, no sentido de inexistência de cotejo analítico e de incidência da Súmula 7, do STJ.

- Ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada. Não conhecimento. Óbice da Súmula 182, STJ.

- Parecer, preliminarmente, pelo conhecimento do recurso especial e, no mérito, pelo seu provimento, e, quanto ao agravo em recurso especial, pelo seu não conhecimento (fls. 628/629, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

Recurso especial de Tonon Bioenergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxembourg S.A.

Cinge-se a controvérsia a definir se a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a supressão das garantias reais e fidejussórias pode atingir os

credores que não manifestaram sua expressa concordância com a aprovação do plano.

1. Breve histórico

O caso dos autos trata do pedido de recuperação judicial de *Tonon Bionergia S.A.*, *Tonon Holding S.A.* e *Tonon Luxembourg S.A.*

O plano de recuperação judicial foi aprovado pela maioria dos credores na assembleia realizada em 5.4.2017 e homologado por decisão do Juízo da 3ª Vara Cível de Jaú/SP que se limitou a consignar:

(...)

Tendo em vista a aprovação do plano pela maioria dos credores na Assembleia realizada no dia 5 de abril de 2017 e a concordância do D. Representante do Ministério Público manifestada, de rigor o acolhimento do pedido (fl. 87, e-STJ).

Contra essa decisão, *CCB Brasil* – China Construction Bank interpôs agravo de instrumento no qual aponta as seguintes ilegalidades no plano de recuperação judicial: (i) extinção de todas as garantias, (ii) extinção de todas as execuções judiciais em curso contra o Grupo Tonon, seus controladores, controladas, coligadas, afiliadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário ou econômico e a liberação das constrições, (iii) exoneração dos coobrigados e (iv) deságio de 80% (oitenta por cento) sobre os créditos quirografários.

O agravo de instrumento foi parcialmente provido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacando-se do acórdão o seguinte excerto, ora transcrito, no que interessa ao presente julgamento:

(...)

Portanto, respeitado entendimento em contrário, a supressão ou substituição da garantia não é matéria que deve ser autorizada pela classe, em AGC, mas sim pelo próprio credor que, diante das negociações que a Lei de Recuperação Judicial viabiliza, terá a faculdade da liberação ou troca por outra, a fim de cooperar com a recuperação da empresa em crise.

O art. 49, § 2º, Lei 11.101/2005, ao preservar genericamente as condições originalmente contratadas, ressalvando o estabelecimento de modo diverso no plano, não afasta a necessidade de concordância expressa do titular da garantia para a disposição sobre elas.

Em outras palavras, os dispositivos legais não são conflitantes, na medida em que, especificamente para os fins do art. 50, § 1º - liberação das garantias, não bastará a aprovação da respectiva classe.

Para a alteração das demais condições, bastará a aprovação no plano pela AGC, com os quóruns de instalação e aprovação previstos nos art. 37 e 45 da LRF.

(...)

Nesse sentido, é a Súmula 61 do TJ/SP: “Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante a aprovação expressa do titular”.

Acrescente-se a isso a lógica de que, não raras as vezes, apenas parte dos bens garantidos por direito real de garantia poderão ser afetados pelo plano (art. 50, XI, Lei n. 11.101/05), operando-se tratamento diferenciado apenas em desfavor dos titulares das garantias que recaiam sobre tais bens, porque liberadas pela classe.

(...)

A cláusula 2.1.1., que prevê que as garantias que se tornarem incompatíveis com o plano aprovado não poderão ser consideradas em razão da novação, conforme fundamento de fs. 13, não deve prevalecer.

Desse modo, deve ser afastada a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservadas as ações movidas em face dos coobrigados das agravadas, para ressaltar o exercício irrestrito do direito de ação em face de terceiros.

Exceção feita aos garantidores, as ações de execução promovidas em face das agravadas e de “seus controladores, suas controladas, coligadas, afiliadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário ou econômico”, segundo a cláusula 12.3. transcrita a fs. 14, devem ser extintas em decorrência da aprovação do plano de recuperação sem que isso implique ilegalidade da cláusula, pois é consequência da novação das obrigações relacionadas com créditos sujeitos ao plano e favorece o soerguimento das recuperandas.

(...)

Fica reformada em parte a r. decisão agravada, para ressaltar afastar a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservar direito de o credor ajuizar e prosseguir com ação ou execução em face de terceiros coobrigados das agravadas (fls. 382/389, e-STJ - grifou-se)

Sobreveio o recurso especial ora em exame.

2. Da supressão das garantias

Após a aprovação da Lei n. 11.101/2005, a doutrina e os tribunais brasileiros travaram forte debate acerca dos efeitos da novação derivada da

aprovação do plano de recuperação judicial, firmando sólido entendimento no sentido de que a novação prevista na Lei de Recuperação e Falência difere daquela disciplinada pelo Código Civil, não atingindo as garantias prestadas por terceiros.

Nesta Corte, o entendimento ficou sedimentado com o julgamento do REsp n. 1.333.349/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, valendo transcrever trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, que bem esclarece a questão:

(...)

Com efeito, percebe-se de logo que a novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz, como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005), as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º).

Por outro lado, a novação específica da recuperação desfaz-se na hipótese de falência, quando então os “credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas” (art. 61, § 2º).

Daí se conclui que o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil.

Nesse sentido, por todos, novamente Fábio Ulhoa dispõe sobre o tema:

(...)

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial (grifou-se).

Assim, prepondera, tanto no âmbito doutrinário quanto no pretoriano, o entendimento de que a novação decorrente da concessão da recuperação judicial

afeta somente as obrigações da recuperanda, devedora principal, constituídas até a data do pedido, não havendo nenhuma interferência quanto aos coobrigados, aos fiadores, aos obrigados de regresso e, especialmente, aos avalistas, dada a autonomia do aval.

Daí conclui-se que a concessão da recuperação judicial não impede o credor de perseguir seu crédito no tocante aos coobrigados, nos exatos termos do artigo 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. Acerca do tema, a Súmula n. 581/STJ: *“A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.”*

A questão posta, então, é saber se é possível ao devedor superar a determinação legal a partir da inclusão de cláusula no plano de recuperação judicial que estenda a novação aos coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e avalistas, ao fundamento de impulsionar o soerguimento da empresa.

Além disso, indaga-se especificamente se a previsão de supressão das garantias reais pode ser imposta aos credores que não anuíram expressamente com essa previsão do plano de recuperação judicial.

A princípio, não há falar em nulidade dessas cláusulas, visto não esbarrar em nenhuma das hipóteses estabelecidas no artigo 166 do Código Civil de nulidade do negócio jurídico: (i) ser celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (ii) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (iii) for o motivo determinante, comum a ambas as partes, ilícito; (iv) não revestir a forma prescrita em lei; (v) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade; (vi) tiver por objetivo fraudar lei imperativa, e (vii) ser taxativamente declarado nulo por lei, ou proibir-lhe a prática, sem impor sanção.

As cláusulas também não encontram óbice nas situações de anulabilidade do negócio jurídico elencadas nos artigos 138 e ss. do Código Civil. Trata-se, assim, de negócio jurídico válido, sendo necessário perquirir acerca de sua eficácia, especialmente no que concerne aos credores ausentes e aos presentes na assembleia que não votaram ou votaram contrariamente à aprovação do plano.

A fiança, o aval e o direito de regresso são garantias pessoais, de natureza patrimonial, constituindo-se em direitos disponíveis e, portanto, passíveis de transação entre as partes. Nesse contexto, o credor que compareceu à assembleia e votou favoravelmente ao plano e, portanto, à cláusula extensiva da novação aos coobrigados, renunciou validamente à garantia estipulada em seu favor, daí a eficácia do ato em relação a si.

Contudo, inexistindo manifestação do titular do crédito com inequívoco ânimo de novar em relação às garantias, *não se mostra possível afastar a expressa previsão legal de que a novação não se estende aos coobrigados* (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005). De fato, *nos termos do artigo 361 do Código Civil, a novação não se presume, dependendo da constatação do inequívoco **animus novandi**.*

No que respeita ao aval, obrigação autônoma, que independentemente de previsão legal não seria atingida pelos efeitos da recuperação, mais clara fica a impossibilidade de se estender a novação ao titular da garantia que não acordou expressamente com a proposta.

Acerca da questão, comentando julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim se manifesta Manuel de Queiroz Pereira Calças:

(...)

Por isso, para que a novação seja aplicada aos coobrigados, notadamente, os fiadores e os avalistas, exige-se que os credores anuam expressamente com a novação, já que esta, não sendo imposta pela Lei, só poderá ser voluntária, a exigir o ânimo expresso ou tácito, mas inequívoco, aplicando-se o disposto no art. 361 do Código Civil. (...)

Por fim, na ótica dos postulados da lógica, é intuitivo que a cláusula extensiva da novação aos coobrigados da sociedade em recuperação judicial não tem eficácia em relação aos credores que, expressamente, dela discordaram, votando contra a aprovação do plano ou, mais ainda, àqueles que formularam objeção, atacando direta e frontalmente a ilegalidade da aludida cláusula. Tais credores poderão executar normalmente os fiadores, os avalistas ou coobrigados de regresso, prosseguindo regularmente nas execuções já em andamento (que não se suspendem) ou, eventualmente, poderão iniciar as execuções a partir do vencimento das dívidas garantidas. (Novação Recuperacional. Revista do Advogado. v. 29, n. 105, págs. 115-128, set/2009 - grifou-se)

Não se pode deixar de mencionar que os princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo asseguram ao credor de título executivo com garantia fidejussória uma mais rápida satisfação de seu crédito.

Explica Marlon Tomazzette:

(...)

O devido processo legal e o também autônomo direito fundamental à razoável duração do processo, para além das especificidades próprias das normas regras dos artigos 49, § 1º, e do art. 59, *caput*, da Lei n. n. 11.101/2005, asseguram ao Jurisdicionado credor de título executivo com garantia fidejussória (p. ex.: aval,

fiança, entre outros) prosseguir na execução em face dos coobrigados para a satisfação integral do crédito, cabendo a este eventual direito de regresso em face da Recuperanda nos limites do plano aprovado (A recuperação judicial e a extensão da novação aos coobrigados. Revista de Direito Empresarial, ano 18, n. 1, janeiro/abril de 2021)

Vale destacar, ainda, que *o artigo 49, § 2º, da Lei n. 11.101/2005*, ao mencionar que as obrigações observarão as condições originalmente contratadas, inclusive no que diz respeito aos encargos, *salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano, está se referindo a obrigações e, em consequência, a deságios, a prazos e encargos e não a garantias. Obrigação é termo que não se confunde com garantia*, a qual será regulada pelo § 1º do mesmo dispositivo legal. Assim, o plano pode estabelecer prazos estendidos de pagamento, parcelamento dos créditos, deságios e alterar as taxas de juros, por exemplo, mas não suprimir garantias sem autorização do titular.

Em relação às garantias reais, a lei de regência é clara ao estabelecer, no artigo 50, § 1º, que, *“na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”*, portanto, quanto ao ponto, não resta dúvida acerca da imprescindibilidade de anuência do titular da garantia real para a hipótese de sua supressão. Veja que a lei fala em credor titular da garantia para admitir a supressão e não em classe de credores.

É oportuno mencionar que no caso de haver descumprimento do plano após a fase judicial, os créditos não voltam à sua condição inicial, cabendo ao credor executar o plano de recuperação judicial. Desse modo, sobeja interesse aos credores com garantia em manter o *status* do seu crédito.

Explicam Daniel Carnio Costa e Alexandre Correa Nascer de Melo:

(...)

Para o caso de ocorrer o inadimplemento após o encerramento da recuperação, não haverá convação em falência, pois não existe mais processo de recuperação judicial em andamento. Nesse caso, o credor cuja obrigação foi descumprida poderá requerer a execução específica, tendo em vista que o plano de recuperação aprovado e homologado constitui título executivo judicial.

Esta execução, entretanto, se dará nos termos e condições previstos no plano de recuperação (e não nas condições originais da dívida, anteriores à novação recuperacional), já que as previsões do plano de recuperação tornaram-se definitivas.

O credor pode também requerer a falência do devedor, na forma prevista no art. 94 (Lei 11.101/2005, art. 94). Neste caso, não se trata de convalidação da recuperação em falência, mas, sim, de um novo processo falimentar (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, de acordo com a Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020. 1ª ed. São Paulo: Editora Juruá, 2020 - grifou-se)

Vale enfatizar que o artigo 50, § 1º, da LREF *não tem como objetivo somente garantir a inserção do credor na classe dos credores com direito real no caso de descumprimento do plano e decretação da quebra mas, sim, de manter suas garantias nos termos originariamente contratados para o caso de execução do plano de recuperação judicial ou decretação da falência.*

Ademais, ainda que os bens gravados possam eventualmente ser vendidos para atender as classes de credores que precedem os credores com garantia real, com a relativização do privilégio, *o certo é que o benefício se mantém no caso de haver bens suficientes para o pagamento das classes prioritárias, garantindo o pagamento do credor até o limite do valor de venda, remanescendo, desse modo, o interesse do credor na manutenção de sua garantia.*

A propósito, a lição de Ricardo Negrão:

(...)

Na falência, não havendo outras preferências - de credores prioritários, extraconcursais e trabalhistas -, os títulos garantidos por direito real não se sujeitam a rateio. Significa dizer que, nessa circunstância, mesmo havendo mais de um credor com direito real de garantia, cada um recebe o produto da venda do bem gravado até o limite de seu crédito. Se o bem gravado for insuficiente, o saldo é admitido como quirografário, e se, ao contrário, o crédito é inferior ao valor alcançado pelo bem, o saldo é lançado para rateio da próxima classe - a dos credores tributários. Não há comunicação entre bens e credores com garantia real. (Curso de Direito Comercial e de Empresa, v. 3: Recuperação de Empresas, Falência e Procedimentos Concursais Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 550)

É preciso registrar, ainda, que a Lei n. 14.112/2020 não trouxe nenhuma alteração aos artigos 49, §§ 1º e 2º, e 51, §1º, da Lei n. 11.101/2005.

É válido mencionar, também, que no mais das vezes a perda da garantia é imposta somente a alguns credores o que ocasiona, como bem destacou Tribunal de origem, o tratamento desigual entre eles.

Marcelo Sacramone esclarece:

(...)

Como nem todos os credores possuem a mesma garantia e o mesmo risco, a maiores dos credores sem a referida garantia seria mais favorável à aprovação dessa cláusula de renúncia porque não sofreria o efeito direto dela. *Não haveria, assim, comunhão de interesses a ponto de permitir que a maioria imponha sua vontade à minoria, pois os credores possuem interesses diversos, embora possam integrar uma mesma classe na Assembleia Geral de Credores.* A renúncia ao direito de cobrança dos coobrigados deverá, assim, exigir a concordância expressa do credor com a cláusula prevista no plano de recuperação judicial, sob pena de a ele ser considerada ineficaz (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, pág. 270)

A todo o aqui exposto somam-se as preocupações já externadas no voto-vista proferido no julgamento dos EDcl no REsp n. 1.532.943/MT quanto aos reflexos do presente julgado em relação ao custo do crédito.

Com efeito, é inegável que a segurança jurídica proporcionada pelas garantias em geral tem um grande reflexo no setor econômico do país, visto que o credor, confiante no retorno de seus investimentos, tende a disponibilizar capital mais barato e, como consequência, o número de empréstimos aumenta, atraindo mais investidores.

O cenário de incerteza quanto ao recebimento do crédito em decorrência do enfraquecimento das garantias é desastroso para a economia do país, pois gera o encarecimento e a retração da concessão de crédito, o aumento do *spread* bancário, a redução da circulação de riqueza, provoca a desconfiança dos aplicadores de capitais, nacionais e estrangeiros, *além de ser nitidamente conflitante com o espírito da Lei n. 11.101/2005 e com as novas previsões de financiamento trazidas pela Lei n. 14.112/2020.*

Nesse sentido, Frederico Augusto Monte Simionato assevera que:

(...)

(...) não existe comércio sem segurança jurídica e crédito. O crédito, por seu turno, requer a segurança no seu recebimento. Por isso, quanto mais tormentoso for o processo de recuperação de crédito, mais este se torna oneroso e de difícil alcance para o empresário. Sem crédito não existe comércio. Sem crédito não existe recuperação judicial. O que decorre de tudo isto é que se o empresário que apresentou o pedido de recuperação ficar sem possibilidade de obtenção de crédito seria mais oportuno que este sujeito apresentasse o requerimento de falência própria, e não de recuperação. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 201, grifou-se)

3. *Das necessárias reflexões diante das alterações trazidas pela Lei n. 14.112/2020*

3.1. *Do financiamento DIP*

A inclusão da supressão das garantias nos planos de recuperação judicial tem como justificativa por parte dos devedores a necessidade de buscarem novos financiamentos de modo a alavancar a sua atividade. Dito em outras palavras, os credores são chamados não somente para contribuir concedendo deságios e prazos de pagamento como também para financiar a recuperação da empresa.

Diante da reconhecida necessidade de entrar dinheiro novo para a sociedade se recuperar, a Lei n. 14.112/2020 introduziu uma nova seção na LRF, denominada “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor Durante a Recuperação Judicial”. É o chamado financiamento DIP (*Debtor in Possession Financing*), o qual objetiva oferecer maior segurança àqueles que decidirem financiar a empresa em recuperação.

Nessa modalidade o juiz pode autorizar que sejam oferecidos bens pertencentes ao ativo não circulante da companhia, assim como bens de terceiros que queiram contribuir, para o financiamento da atividade empresarial (artigo 69-A da Lei n. 11.101/2005).

Além disso, pode ser autorizada a constituição de garantia subordinada, isto é, um ativo que já garante a dívida de um credor poderá ser oferecido novamente como garantia, sem autorização do detentor da garantia original. A dispensa de autorização se justifica porque a garantia subordinada está limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia (artigo 69-C, § 1º, da Lei n. 11.101/2005).

Como se observa, o legislador mais uma vez se preocupou em afirmar aos credores que suas garantias estão preservadas, destacando o valor da segurança jurídica para todo o sistema, inclusive para incentivar os tão necessários financiamentos empresariais.

É importante frisar que com a previsão do financiamento DIP fica ainda mais enfraquecida a tese de que é possível impor aos credores com garantia real, sem sua anuência expressa, financiar a atividade da recuperanda.

3.2. *Da consolidação substancial*

Com a edição da Lei n. 14.112/2020, o legislador passou a regular o fenômeno da consolidação substancial, que já vinha ocorrendo na prática, com

subsídios criados pela jurisprudência, ainda que não houvesse previsão legal do instituto.

Nessa hipótese, em apertada síntese, o grupo econômico pede recuperação judicial e, demonstrada a presença dos requisitos do artigo 69-J, da Lei n. 11.101/2005, é autorizado a apresentar plano único, com a unificação de ativos e passivos, como melhor forma de alcançar o seu soerguimento.

Mesmo nesse caso, o legislador se preocupou em afirmar: “*A consolidação substancial não impactará a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular*” (artigo 69-K, § 2º, da Lei n. 11.101/2005), deixando expressa, ainda mais uma vez, a importância das garantias.

3.3. Da apresentação de plano alternativo pelos credores

A Lei n. 14.112/2020 trouxe a possibilidade de, não aprovado o plano de recuperação judicial, nem mesmo com o quórum do artigo 58, § 1º, da LREF (*cram down*), os credores apresentarem um plano alternativo (também na hipótese do art. 6º, § 4º, “A”, da LREF).

O plano alternativo, para ser apresentado, deve ter apoio de número substancial de credores. Além disso, de acordo com o artigo 56, § 6º, V, da LREF, aqueles que apoiarem a apresentação do plano e votarem favoravelmente à sua aprovação, deverão renunciar às garantias pessoais prestadas por pessoas naturais em relação aos créditos novados.

Nesse contexto, a desvalorização das garantias e a possibilidade de sua supressão por votação da maioria, acabará por encorajar os credores a não aceitarem o plano apresentado pelo devedor, como observou Gabriel José de Orleans e Bragança:

(...)

Explica-se. Diante da recente alteração à LRE promovida pela Lei n. 14.112/20, passaram os credores a ter o direito de apresentar um plano alternativo de recuperação judicial na hipótese de perda de prazo ou rejeição do plano formulado pela recuperanda. Contudo, muito tem se falado que a alteração seria inócua, na medida em que os credores, para aprovarem esse plano alternativo, teriam que renunciar às garantias pessoais prestadas pelos sócios da recuperanda (LRE, artigo 56, parágrafo 6º, V).

Esse receio da perda da garantia, entretanto, pode ser apaziguado com o entendimento jurisprudencial em favor da supressão da garantia fidejussória. Afinal, percebendo os credores que a garantia pessoal dos sócios passou a ter

pouca valia, em função do elevado risco de sua perda durante o processo de recuperação judicial, o plano alternativo passa a ser um caminho natural.

Na falta de uma moeda de troca mais impactante, *não seria equivocada a conclusão de que os credores, sobretudo os financeiros, se organizarão em todo e qualquer processo para compor uma maioria em proveito de um plano de pagamento mais condizente com os seus exclusivos interesses, em detrimento da própria recuperanda.*

Portanto, caso a jurisprudência caminhe contra a manutenção e eficácia das garantias fidejussórias, altera-se significativamente o pêndulo negocial em favor dos credores, cujo plano alternativo não depende de qualquer anuência dos sócios da recuperanda (Garantia pessoal e plano dos credores. Valor Econômico. Edição de 28.4.2021).

4. Conclusão

*Assim, a conclusão que melhor equaciona o binômio “**preservação da empresa viável x preservação da atividade econômica com um todo**” é a de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oponível aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição, considerando que:*

i) a regra geral da LRF é a de que a novação atinge apenas as obrigações da sociedade em recuperação, com expressa ressalva das garantias concedidas aos credores;

ii) a extensão da novação aos coobrigados depende de inequívoca manifestação do credor nesse sentido, pois a novação não se presume;

iii) em relação às garantias reais, a lei de regência estabelece expressamente a necessidade de aprovação do credor na hipótese de alienação do objeto da garantia,

iv) a supressão das garantias por votação da maioria enseja o tratamento desigual entre os credores;

v) no caso de declarada a falência, remanesce o interesse do credor com garantia real na manutenção do gravame sobre o bem, e

vi) o legislador previu novas formas de financiar a empresa em crise, não havendo justificativa para a oneração excessiva dos credores com garantia.

Solução em sentido contrário, ou seja, a submissão ao plano de recuperação de credores que votaram contra a cláusula que prevê a exclusão de garantias, importa verdadeira afronta à segurança jurídica e seus consectários, visto que um

credor que concede crédito e recebe em troca uma garantia, certamente precisa de segurança mínima de que essa garantia será respeitada, mesmo em caso de recuperação ou falência, na forma como prevista na Lei n. 11.101/2005.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

5. Agravo em recurso especial interposto por CCB Brasil – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A.

De início, esclareça-se que contra o acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento de CCB Brasil – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A., a então agravante também interpôs recurso especial. Em seu apelo nobre aponta a existência de dissídio jurisprudencial em relação à possibilidade de o plano prever a adoção de deságio de 80% (oitenta por cento) do crédito devido aos credores da classe III.

Em juízo prévio de admissibilidade (fls. 563/564, e-STJ), o Tribunal de origem deixou de admitir a irresignação por entender que: (i) estar ausente a demonstração do dissídio jurisprudencial pois era necessária a realização do confronto analítico entre os acórdãos confrontados e (ii) a necessidade de revisão de matéria fática, obstada pela incidência da Súmula n. 7/STJ, impede o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional.

O agravante, no entanto, deixou de impugnar o fundamento referente à aplicação da Súmula n. 7/STJ.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que é dever do agravante atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, demonstrando o seu desacerto, de modo a justificar o cabimento do recurso especial interposto, sob pena de não ser conhecido o agravo, não bastando para tanto a impugnação genérica ou a reiteração das razões do recurso anterior.

Essa é a interpretação do art. 544, § 4º, I, do Código de Processo Civil de 1973, cuja redação encontra correspondência no art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, c/c art. 253, parágrafo único, I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcritos:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

(...)

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; (incluído pela Lei n. 12.322, de 2010).

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

Art. 253. O agravo interposto de decisão que não admitiu o recurso especial obedecerá, no Tribunal de origem, às normas da legislação processual vigente.

Parágrafo único. Distribuído o agravo e ouvido, se necessário, o Ministério Público no prazo de cinco dias, o relator poderá:

I - não conhecer do agravo inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016).

Anota-se, por fim, que esse entendimento foi chancelado pela Corte Especial no julgamento dos EAREsps n. 701.404/SC, 746.775/PR e 831.326/SP, nos termos da seguinte ementa:

Processo Civil. Embargos de divergência. Impugnação específica de todos os fundamentos da decisão recorrida. Art. 544, § 4º, I, do CPC/1973. Entendimento renovado pelo novo CPC, art. 932.

1. No tocante à admissibilidade recursal, é possível ao recorrente a eleição dos fundamentos objeto de sua insurgência, nos termos do art. 514, II, c/c o art. 505 do CPC/1973. Tal premissa, contudo, deve ser afastada quando houver expressa e específica disposição legal em sentido contrário, tal como ocorria quanto ao agravo contra decisão denegatória de admissibilidade do recurso especial, tendo em vista o mandamento insculpido no art. 544, § 4º, I, do CPC, no sentido de que pode o relator “não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada” - o que foi reiterado pelo novo CPC, em seu art. 932.

2. A decisão que não admite o recurso especial tem como escopo exclusivo a apreciação dos pressupostos de admissibilidade recursal. Seu dispositivo é único, ainda quando a fundamentação permita concluir pela presença de uma ou de várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, uma vez que registra, de forma unívoca, apenas a inadmissão do recurso. Não há, pois, capítulos autônomos nesta decisão.

3. A decomposição do provimento judicial em unidades autônomas tem como parâmetro inafastável a sua parte dispositiva, e não a fundamentação como um elemento autônomo em si mesmo, ressoando inequívoco, portanto, que a decisão agravada é incidível e, assim, deve ser impugnada em sua integralidade, nos exatos termos das disposições legais e regimentais.

4. Outrossim, conquanto não seja questão debatida nos autos, cumpre registrar que o posicionamento ora perfilhado encontra exceção na hipótese prevista no art. 1.042, *caput*, do CPC/2015, que veda o cabimento do agravo contra decisão do Tribunal a quo que inadmitir o recurso especial, com base na aplicação do entendimento consagrado no julgamento de recurso repetitivo, quando então será cabível apenas o agravo interno na Corte de origem, nos termos do art. 1.030, § 2º, do CPC.

5. Embargos de divergência não providos. (Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, julgados em 19/9/2018, DJe 29/11/2018).

Ante o exposto, não conheço do agravo em recurso especial.

6. Do dispositivo

Em resumo, nego provimento ao recurso especial interposto Tonon Bionergia S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxemborg S.A. e não conheço do agravo em recurso especial interposto por CCB *Brasil* – China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Faz-se um breve esboço acerca do conteúdo das decisões proferidas na origem, da matéria devolvida ao conhecimento desta Corte de Justiça, bem como do voto precedente.

Extrai-se dos autos que o plano de recuperação judicial, apresentado por Tonon Bionergia S.A., Tonon Hodking S.A., Tonon Holding S.A. e Tonon Luxembourg S.A., submetido à assembléia geral de credores, obteve a aprovação das quatro classes votantes, nos termos do art. 45 da Lei n. 11.101/2005, em resultado assim anunciado (e-STJ, fls. 140-145):

Encerrada a votação, seu resultado foi o seguinte:

Nas classes I - Trabalhistas, onde se encontram presentes 1.563 (um mil quinhentos e sessenta e três) credores, e IV - Microempresas e Empresas de

Pequeno Porte, onde se encontram presentes 117 (cento e dezessete) credores, o Plano de Recuperação Judicial, com o teor que segue anexo a esta ata, restou aprovado por unanimidade entre os presentes.

Na classe II - Garantia Real, o Plano de Recuperação Judicial, com o teor que segue anexo a esta ata, restou aprovado por 14 (catorze) credores detentores de R\$ 781.932.019,94 (setecentos e oitenta e um milhões novecentos e trinta e dois mil dezenove reais e noventa e quatro centavos) em créditos, equivalentes a 99,76% (noventa e nove vírgula setenta e seis por cento) dos créditos representados em assembleia nesta classe, sendo votos contrários à aprovação do Plano de Recuperação Judicial 1 (um) credor detentor de R\$ 1.843.002,60 (um milhão oitocentos e quarenta e três mil e dois reais e sessenta centavos) em créditos, equivalentes a 0,24% (zero vírgula vinte e quatro por cento) de créditos totais dos presentes, não havendo abstenções, mantendo-se a base de votação nesta classe pelo quórum total presente, de R\$ 783.775.022,54 (setecentos e oitenta e três milhões setecentos e setenta e cinco mil e vinte e dois reais e cinquenta e quatro centavos).

Na classe III - Quirografários, o Plano de Recuperação Judicial, com o teor que segue anexo a esta ata, restou aprovado por 227 (duzentos e vinte e sete) credores detentores de R\$ 839.336.326,74 (oitocentos e trinta e nove milhões trezentos e trinta e seis mil trezentos e vinte e seis reais e setenta e quatro centavos) em créditos, equivalentes a 83,70% (oitenta e três vírgula setenta por cento) dos créditos representados em assembleia nesta classe, sendo votos contrários à aprovação do Plano de Recuperação Judicial 19 (dezenove) credores detentores de R\$ 163.468.067,42 (cento e sessenta e três milhões quatrocentos e sessenta e oito mil e sessenta e sete reais e quarenta e dois centavos) em créditos, equivalentes a 15,79% (quinze vírgula setenta e nove por cento) de créditos totais dos presentes e se abstiveram de votar 7 (sete) credores que representam o montante de R\$ 315.494.173,13 (trezentos e quinze milhões quatrocentos e noventa e quatro mil cento e setenta e três reais e treze centavos) dos créditos.

Em primeira instância, o plano de recuperação judicial, tal como aprovado pela assembleia de credores, foi homologado judicialmente, ante o cumprimento dos requisitos legais, razão pela qual se concedeu a recuperação judicial às recuperandas, com fundamento no art. 58 da Lei n. 11.101/2005 (e-STJ, fls. 87-88).

Em grau recursal, o Tribunal de origem conferiu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto por Bic Banco Industrial e Comercial S.A., para reconhecer que a previsão da supressão das garantias fidejussórias vincula apenas os credores que concordaram expressamente com a aprovação do plano de recuperação judicial.

Assim, a controvérsia submetida ao exame desta Segunda Seção do STJ está em definir se, em relação à cláusula que estabelece a supressão das

garantias reais e fidejussórias, no plano de recuperação judicial, devidamente aprovado pela assembleia geral de credores, poderia o juiz restringi-la, quando de sua homologação, apenas aos credores que expressamente assentiram com tal disposição, não produzindo efeitos, assim, àqueles que não se fizeram presentes por ocasião da assembleia geral de credores, se abstiveram de votar ou se posicionaram contra tal disposição.

O relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto (fl. 13), também compreende que “a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oponível aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiverem-se de votar ou se posicionarem contra tal disposição”.

Esta conclusão, segundo S. Exa., decorre, em síntese, dos seguintes fundamentos:

- i) a regra geral da LRF é a de que a novação atinge apenas as obrigações da sociedade em recuperação, com expressa ressalva das garantias concedidas aos credores;
- ii) a extensão da novação aos coobrigados depende de inequívoca manifestação do credor nesse sentido, pois a novação não se presume;
- iii) em relação às garantias reais, a lei de regência estabelece expressamente a necessidade de aprovação do credor na hipótese de alienação do objeto de garantia; e
- iv) no caso de declarada a falência, remanesce o interesse do credor com garantia real na manutenção do gravame sobre o bem.

Pedindo-se vênua ao relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, dele divirjo, para ratificar o atual posicionamento da Terceira Turma do STJ, exarado por ocasião do julgamento do *REsp 1.532.943/MT, DJe 10.10.2016; REsp 1.700.487/MT, DJe 26.4.2019; REsp 1.863.842/RS, DJe 18.12.2020; e REsp 1.850.287/SP, DJe 18.12.2020*), a fim de afastar a restrição imposta pelas instâncias precedentes, de modo a reconhecer que a cláusula inserta no plano de recuperação judicial, aprovada pela assembleia geral segundo o quórum legal, deve ser observada pelas devedoras e todos os credores da correspondente classe, indistintamente.

Para tanto, sem olvidar a polêmica que circunda o tema em exame — bem evidenciada no voto do Ministro Luis Felipe Salomão por ocasião do julgamento

do REsp 1.797.924/MT perante a Segunda Seção (cujo objeto acabou por se esvaziar), que identificou nada menos do que quatro correntes distintas (e plausíveis) para a solução da questão posta —, constata-se a existência de ponto tênue de interseção entre os entendimentos propugnados no voto precedente e no posicionamento atual da Terceira Turma acima referido, que merece especial destaque.

Conforme acima registrado, tanto no acórdão recorrido, assim como no voto do relator, reconheceu-se *a validade e a eficácia da cláusula supressiva em exame, ao menos, àqueles titulares que votaram favoravelmente, fundada na natureza disponível do direito em comento.*

Compreende-se, digo eu, que, como direito disponível, mostra-se absolutamente possível (e, portanto, não contrário ao ordenamento jurídico) o estabelecimento, no plano de recuperação judicial, de cláusula que estabelece a supressão das garantias reais e fidejussórias. *Afinal, se a cláusula supressiva fosse contrária ao direito posto e, portanto, inválida, não poderia produzir efeitos nem sequer àqueles que com ela consentiram expressamente, o que, como assinalado, refugiria sobremaneira da natureza do direito em análise e, principalmente, dos contornos efetivamente gizados na Lei n. 11.101/2005.*

Destaco, a esse propósito, julgado da Terceira Turma do STJ, com consenso de todos os seus integrantes, no qual se reconheceu a validade da cláusula supressiva de garantia, *na específica hipótese* em que não houve, por parte dos credores, nenhuma insurgência quanto ao ajuste em comento.

Refiro-me ao seguinte julgado:

Recurso especial. Recuperação judicial. Supressão de garantias prestadas por terceiros. Ineficácia em relação aos credores que não consentiram com a cláusula. Hipótese concreta em que não houve objeção por parte de nenhum dos credores. Manutenção da previsão constante do plano.

1. Ação ajuizada em 15/12/2016. Recurso especial interposto em 22/10/2019. Autos conclusos ao Gabinete da Relatora em 9/9/2020.

2. O propósito recursal é definir se a cláusula do plano de recuperação judicial, aprovado sem objeção, que impede os credores de perseguir seus créditos em face de garantidores e coobrigados está em descompasso com a Lei 11.101/05.

3. *Havendo previsão no plano de soerguimento quanto à impossibilidade de os credores buscarem a satisfação de seus créditos em face de garantidores e coobrigados da recuperanda, a validade de tal cláusula está sujeita à anuência dos respectivos titulares.*

4. Hipótese concreta em que não houve manifestação de credores em sentido oposto à supressão das garantias, motivo pelo qual deve ser reformado o acórdão que declarou a nulidade da cláusula em questão.

Recurso especial provido.

(REsp 1.895.277/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 04/12/2020)

Tem-se, de fato, que a previsão, contida no plano de recuperação judicial, de uma cláusula de supressão de garantias não encerra, em si, nenhuma contrariedade ao direito, em especial, à Lei n. 11.101/2005. Como dito, compreender de modo contrário, seria ignorar a natureza do direito em discussão, de natureza absolutamente disponível e, portanto, passível de renúncia (no caso, sob a condição resolutiva do efetivo cumprimento do plano de recuperação judicial).

Dessa maneira, *note-se que a divergência que se coloca não seria propriamente quanto à validade, em si, da cláusula supressiva, mas sim quanto aos seus efeitos e a sua extensão, devendo-se perquirir, a esse propósito, o modo eleito pela lei para legitimar as deliberações correlatas (a qual, conforme se demonstrará, pontualmente, vale-se do critério majoritário, levando-se em conta, como deveria ser, o valor, a importância do crédito na correspondente classe).*

Saliente-se, desde já, que a lei de regência é expressa, indiscutivelmente, em preceituar que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. De igual modo, a lei é também expressa em autorizar que o plano de recuperação judicial disponha, eventualmente, de forma diversa acerca das obrigações e condições originariamente contratadas, no que se inserem, inarredavelmente, as garantias.

Como já assentado, ainda que não houvesse disposição legal nesse sentido, a possibilidade de abdicar de uma garantia decorre da própria natureza disponível do direito. Um ajuste contratual com esse teor, insere no plano de recuperação judicial, em si, não viola nenhum dispositivo da Lei n. 11.101/2005.

É na exclusiva hipótese de haver aprovação pela assembleia geral de credores, com detida observância ao quórum legal, que a aludida cláusula supressiva produz efeitos para todos os credores indistintamente da correspondente classe. Isso porque, no processo concursal, o consentimento se dá por meio do atendimento aos quóruns previstos na lei, e não individualmente.

A concordância individual do titular do crédito não é exigida por lei para as garantias reais, mas também não o é para as garantias (pessoais) fidejussórias.

Passa-se, assim, a aprofundar os pontos acima tangenciados.

Dispõe o art. 59 da Lei n. 11.101/2005 que a concessão de recuperação judicial enseja a novação das obrigações originariamente assumidas pela recuperanda, *sem prejuízo das garantias e observado o disposto no § 1º do art. 50 da referida lei*, o qual preceitua que, na hipótese de alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição reclama o consentimento do correlato credor.

Pela relevância ao deslinde da controvérsia, oportuna a transcrição do dispositivo legal sob comento:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

[...]

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Registre-se que a novação operada pela recuperação judicial guarda significativas particularidades, a distinguir, substancialmente, da novação civil, prevista no art. 364 e seguintes do Código Civil.

Como é cediço, a “extinção das obrigações”, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, “*os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas*” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Sobre as garantias, como visto, o art. 59, *caput*, é expresso em preservá-las, o que possibilita ao respectivo credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, à exceção do sócio com responsabilidade *ilimitada* e solidária (*ut* REsp 1.269.703/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 30/11/2012; AgRg no REsp

1.191.297/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 1/7/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.280.036/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 5/9/2013).

Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência desta Corte de Justiça, conforme dão conta os seguintes precedentes:

Direito Civil e Empresarial. Recuperação judicial. Homologação do plano. Novação *sui generis*. Efeitos sobre terceiros coobrigados. Extinção da execução. Descabimento. Manutenção das garantias. Arts. 49, § 1º e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

2. *Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.*

3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.326.888/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 05/05/2014)

Recuperação judicial. Homologação. Dívidas compreendidas no plano. Novação. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Protestos. Baixa, sob condição resolutiva. Cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação.

1. Diferentemente do regime existente sob a vigência do DL n. 7.661/45, cujo art. 148 previa expressamente que a concordata não produzia novação, a primeira

parte do art. 59 da Lei n. 11.101/05 estabelece que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido.

2. A novação induz a extinção da relação jurídica anterior, substituída por uma nova, não sendo mais possível falar em inadimplência do devedor com base na dívida extinta.

3. Todavia, a novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a uma condição resolutiva, na medida em que o art. 61 da Lei n. 11.101/05 dispõe que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convação da recuperação em falência, com o que os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

4. Diante disso, uma vez homologado o plano de recuperação judicial, os órgãos competentes devem ser oficiados a providenciar a baixa dos protestos e a retirada, dos cadastros de inadimplentes, do nome da recuperanda e dos seus sócios, por débitos sujeitos ao referido plano, com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de a devedora cumprir todas as obrigações previstas no acordo de recuperação.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.260.301/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012)

Por conseguinte, *em regra*, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, *à exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária* (§ 1º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005).

Não há dúvidas sobre a aplicabilidade desse comando legal *sempre que não houver disposição em contrário nos termos em que aprovado o plano de recuperação*.

Essa interpretação é expressamente autorizada pelo § 2º do art. 49, *in verbis*:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos

encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso.

Data maxima venia, diversamente do norte hermenêutico propugnado no voto antecedente, dissuade-se da compreensão de que “os §§ 1º e 2º excepcionam a regra geral disposta no *caput* de que *todos os créditos* existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial”. E, como tal, o § 2º não poderia veicular uma exceção à exceção (prevista no § 1º).

Veja-se que os únicos parágrafos do art. 49 que retratam exceção ao caput, ou seja, que se relacionam a créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial e que não se encontram sujeitos à recuperação judicial, são aqueles mencionados nos §§ 3º e 4º, tão somente.

O §§ 1º e 2º (e 5º), do art. 49 da LRF, na verdade, conferem especificação aos créditos que se encontram submetidos à recuperação judicial, aludidos no *caput*, regulamentando-os.

O § 1º preceitua que os titulares de créditos com garantia fidejussória, *além de se submeter à recuperação judicial, poderão perseguir seu crédito, paralelamente*, contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

O § 2º, também conferindo especificação ao *caput*, preceitua *que as obrigações anteriores à recuperação judicial – e, portanto, a ela submetida – observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se o plano de recuperação dispuser de modo diverso.*

Como se constata, a lei é expressa em autorizar que o plano de recuperação judicial disponha, *eventualmente*, de modo diverso acerca das obrigações e condições originariamente contratadas, no que se inserem, inarredavelmente, as garantias.

No silêncio do plano de recuperação judicial, a lei é peremptória em possibilitar, em paralelo à recuperação judicial, a execução do mesmo crédito em face dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Todavia, a lei não veda (*nem poderia vedar, em atenção à natureza disponível dos direitos em comento*) a possibilidade de o plano de recuperação judicial estabelecer, eventualmente, cláusula supressiva de garantias – a qual, para produzir efeitos, haverá de ser aprovada pela respectiva classe de credores, em observância detida ao quórum legal.

Não se verifica, assim, nenhum óbice hermenêutico à exegese ora adotada.

Veja-se que, por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora).

Não cabe, aqui, indagar se o prosseguimento das execuções contra os coobrigados teria ou não repercussão, positiva ou negativa, na recuperação judicial, já que se trata de direito de livre disposição, cabendo somente às partes interessadas, recuperanda e credores, avaliarem sua pertinência e deliberarem a respeito, observado necessariamente o quórum legal.

Ademais, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo

quórum mínimo. Como acentuado, no processo concursal, o consentimento se dá por meio do atendimento aos quóruns previstos na lei, e não individualmente.

Importante notar que a aprovação ou rejeição de uma disposição contida no plano de recuperação judicial para os credores das Classes II e III (reais e quirografários), diversamente da Classe I (trabalhista), leva em consideração justamente o valor do crédito na respectiva classe. Assim, quanto maior for o valor do crédito, maior é o poder de influir nas deliberações da correlata classe de credores.

Na hipótese dos autos, em relação à classe II (credores com garantia real), o plano de recuperação Judicial foi aprovado por 14 credores que representam 99,76% do valor total dos créditos presentes à assembleia, restando, portanto, aprovado em conformidade com a norma inserta no § 1º, do art. 45, da LRE. No tocante à classe III (credores quirografários), o Plano de Recuperação Judicial foi aprovado por 227 (duzentos e vinte e sete) credores que representam 83,70% (oitenta e três vírgula setenta por cento) dos créditos representados em assembleia, restando, também, aprovado em conformidade com a norma inserta no § 1º, do art. 45, da LRE.

Esta foi a deliberação majoritária dos titulares de crédito quirografário e real, cuja deliberação, em sua integralidade, há de produzir efeitos a todos os seus integrantes, indistintamente.

Importante, nesse passo, tecer a seguinte assertiva: *O princípio majoritário vale para todos, indistintamente, seja no caso de aprovação, seja no caso de rejeição, inclusive no que toca à cláusula supressiva das garantias.*

Efetivamente, em absoluto respeito ao poder de voto dos credores, caso a cláusula supressiva tivesse sido rejeitada segundo o quórum legal, não poderia ter aplicação nem sequer para aqueles que votaram favoravelmente. Aliás, nesse caso, não haveria nenhuma razão idônea para que os credores, com menor poder de influir no resultado da votação, não tivessem o mesmo tratamento daqueles que votaram favoravelmente pela aprovação da supressão das garantias.

Na hipótese, como visto, os credores, com poder maior de influir no resultado da votação, segundo seu crédito na respectiva classe, compreenderam, ao contrário, ser viável suprimir as garantias fidejussórias, segundo as renúncias que se mostraram dispostos a suportar, este resultado haverá de repercutir em toda a classe, indistintamente.

Bem de ver, assim, que considerações extrajurídicas, tais como o suposto encarecimento do crédito, a fim de sustentar a inviabilidade da disposição

contratual inserta no plano de recuperação judicial, não se coadunam com a realidade dos fatos, já que são as instituições financeiras, na grande maioria dos casos (justamente pelo segmento de concessão de crédito em que atuam), os credores que possuem o maior poder de influir na votação da cláusula em comento.

Assim, caso o órgão máximo representativo dos credores delibere por assentir com a supressão das garantias fidejussórias, é de se presumir que esta providência converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes (credores) majoritariamente.

De se reconhecer, portanto, que a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial e desde que aprovado pela assembleia geral, segundo o detido quórum legal, como parte integrante das tratativas negociais, vincula todos os credores titulares de tais garantias.

Naturalmente, caso não se implemente o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

No ponto, há de se tecer um importante esclarecimento.

A supressão das garantias fidejussórias, tal como deliberado no plano de recuperação judicial aprovado e homologado, não esvazia, por completo, a via executiva contra terceiros garantidores. Definitivamente, não.

A deliberação nesse sentido, estabelecida entre credores e devedora, excepciona a regra legal do art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 e tem o condão de sobrestar, durante a consecução do plano de recuperação judicial, a via executiva contra terceiros garantidores. Descumprido o plano de recuperação judicial, a via executiva contra os terceiros garantidores restaura-se integralmente.

Como é cediço, a extinção das obrigações, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial, encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Mais do que isso. A não implementação da condição resolutiva ensejará, forçosamente, a decretação da falência. Quando a lei afirma que o credor terá a seu favor a restituição de seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, significa que o credor, na fase concursal, terá o benefício da preferência, segundo a garantia de que é titular, no recebimento de seu crédito.

Ele não fará jus, por exemplo, *no caso da garantia real*, ao bem sobre o qual recaia a sua garantia. Com o decreto falencial, vende-se o ativo para pagar o passivo, na ordem de preferência legal, segundo a natureza dos créditos.

No caso das garantias fidejussórias, diante do descumprimento do plano de recuperação judicial, *restaura-se integralmente, como dito, a via executiva contra terceiros garantidores*.

Logo, não há razão, nem sequer prática, para impedir que os credores, caso assim entendam necessária à consecução do plano de recuperação judicial, transacionem a supressão das garantias de que são titulares. Há, portanto, que se viabilizar a consecução do plano, tal como aprovado pelos credores, respeitados os respectivos quóruns.

Por fim, ressei absolutamente claro que a compreensão ora exposta, de modo algum, deixa de observar os contornos do enunciado n. 581 da Súmula do STJ: “a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.”

A particularidade dos casos que abordam a discussão em exame reside justamente no fato de que a assembleia geral de credores, segundo detida observância do quórum legal, aprova, sem nenhuma ressalva, a supressão das garantias reais e fidejussórias.

Ressalta-se, aliás, que foi justamente essa particularidade dos autos – aprovação, segundo o quórum legal, da supressão das garantias pela assembleia geral de credores – que determinou o não conhecimento, pela Segunda Seção, dos embargos de divergência opostos ao acórdão que julgou o REsp 1.532.943/MT, cujos paradigmas citados estavam fundados no enunciado n. 581 da Súmula do STJ, que, é certo, não possuíam tal peculiaridade.

A esse propósito, transcreve-se a ementa do julgado:

Agravo interno. Embargos de divergência em recurso especial. Recuperação judicial. Assembléia de credores. Aprovação do plano de recuperação. Supressão das garantias reais e fidejussórias com aprovação da maioria dos credores da respectiva classe. Vinculação da minoria. Matéria não decidida nos acórdãos paradigmas. Ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

1. Para a configuração da divergência, os acórdãos confrontados devem apresentar similitude de base fática capaz de ensejar decisões conflitantes a propósito da mesma questão jurídica.

2. O acórdão embargado, invocando o § 2º do art. 49 da Lei 11.101/2005, decidiu que o plano de recuperação judicial pode dispor sobre as garantias de modo diverso do que decorreria da regra do § 1º do mesmo artigo e do § 1º do art. 50 da LRF (regra geral da preservação das garantias originalmente contratadas). Com esse fundamento considerou inadequado “restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.”

3. Os julgados apontados como paradigmas, por outro lado, não cuidaram de hipótese em que o plano de recuperação judicial dispôs sobre a supressão de garantias com a aprovação da maioria dos credores da classe respectiva e, portanto, não decidiram a mesma questão jurídica enfrentada pelo acórdão recorrido, o que descaracteriza a divergência.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl nos REsp 1.532.943/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/11/2018, DJe 18/12/2018)

À vista disso, o entendimento atualmente prevalecente da Terceira Turma do STJ não encerra nenhuma divergência com o enunciado n. 581 da Súmula do STJ.

Em relação às garantias reais, como bem acentuado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, por ocasião do julgamento do REsp 1.797.924/MT (ao final prejudicado, por perda de objeto), [nem sequer] há regramento semelhante que possa induzir à compreensão diversa de que o plano de recuperação judicial pode estabelecer a supressão da garantia em comento, cujos efeitos dependem, de igual modo, da deliberação favorável dos credores, observado o quórum previsto em lei.

Tal como assentado, não há nenhuma razão para se obstar a possibilidade de previsão de cláusula de supressão de garantias, inclusive as reais. Afinal, no caso de descumprimento do plano de recuperação judicial, o titular do crédito com garantia real não fará jus ao bem sobre o qual recaia a sua garantia.

Com o decreto falencial, repisa-se, vende-se o ativo para pagar o passivo, na ordem de preferência legal, segundo a natureza dos créditos. Logo, o § 1º do art. 50 da LRF presta-se a assegurar o credor hipotecário, pignoratício ou anticrético de exercer sua preferência na falência, como bem ressaltou o Ministro Luis Felipe Salomão, com esteio na doutrina citada em seu voto.

Veja-se, ainda, que a regra posta no art. 50 da lei de regência especifica os modos pelos quais a empresa em dificuldade pode se valer para se soerguer à crise financeira, *o que se dará justamente por meio do cumprimento do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores*, cada qual representado por suas classes.

Nesse contexto, quanto à abrangência da deliberação feita no plano, especificamente em relação à substituição de garantia real por uma de menor valor destaca-se o escólio de Fábio Ulhoa Coelho, que acentua:

Em princípio, todos os credores anteriores ao pedido de recuperação judicial estão sujeitos aos efeitos do plano de recuperação aprovado em juízo. Mesmo os que haviam se oposto ao plano e votado por sua rejeição devem se curvar à decisão judicial respaldada na maioria dos credores. Não tem outra alternativa. Se no plano aprovado em juízo é prevista a substituição de determinada garantia real por outra de menor valor, o credor atingido simplesmente não tem meios para se opor ao mérito dessa medida, por mais que considere seus interesses injustamente sacrificados.

As novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso.

Caso se verifique a convalidação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos, ao *status quo ante*. A substituição de garantia no exemplo acima cogitado se desfaz e o credor será pago, no processo falimentar, como se não tivesse havido nenhum plano de recuperação da devedora. De observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pelo empresário em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalizado. (Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9ª edição. Editora Saraiva, 2013, p. 236)

Logo, a exigência legal de que os credores com garantia real consintam, por ocasião da alienação do bem dado em garantia, com a substituição ou supressão da garantia, afigura-se absolutamente preservada, pois, como visto, todos os credores, representados pelas respectivas classes, ao aprovarem o plano de recuperação judicial que dispôs sobre tal matéria (supressão das garantias reais e fidejussórias), com ela anuíram, inegavelmente.

Descabido, assim, permitir que o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, não seja integralmente observado pelas partes envolvidas, a pretexto da aplicação do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005.

Por fim, sobre as considerações feitas pelo relator, a respeito das alterações trazidas pela Lei n. 14.112/2020, tem-se, com a *venia* de S. Exa., inexistir qualquer repercussão na questão ora debatida.

Entende S. Exa. que as alterações trazidas pela Lei n. 14.112/2020, de certo modo, reforçam a preocupação do legislador de não permitir a imposição aos credores com garantia real, sem sua anuência expressa.

Para tanto, referiu-se à introdução da Seção “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial”, em que o juiz, com o propósito de viabilizar o financiamento do empresário em crise, autoriza sejam oferecidos bens pertencentes ao ativo não circulante da companhia, assim como bens de terceiros que queiram contribuir, para o financiamento da atividade empresarial (art. 69-A, da Lei n. 11.101/2005).

O Art. 69-C, prossegue o relator, autoriza a constituição de garantia subordinada, isto é, um ativo que já garante a dívida de um credor ser oferecido novamente como garantia, *sem autorização do detentor da garantia original – o que, segundo S. Exa, “se justifica porque a garantia subordinada está limitada ao excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia”*.

Renovadas vênias, tem-se que a Lei n. 14.112/2020 não introduziu nenhuma modificação, direta ou indireta, ao tratamento então ofertado pela Lei n. 11.101/2005, no tocante ao tema em discussão, relativa, especificamente, à possibilidade (eventual) de estabelecimento de cláusula supressiva das garantias reais ou fidejussórias, a ser submetida e aprovada pelos credores das respectivas classes pelo quórum legal.

Além de não haver qualquer tratamento legal específico nesse sentido, tem-se que as figuras introduzidas pela novel Lei n. 14.112/2020, citadas pelo Relator, em minha compreensão, conferem, na verdade, *mais uma vez, a oportunidade aos credores – sempre observado o modo eleito pela lei para legitimar suas deliberações, a qual se vale do critério majoritário, e não individualmente – de deliberar, por meio do Comitê de Credores, sobre o financiamento e o modo como se dará a sua consecução*.

Veja-se, pois, que os dispositivos introduzidos exigem, nos termos do art. 66 da Lei n. 11.101/2005, precedentemente a oitiva do Comitê de Credores, para, então, o juiz autorizar tais financiamentos, *in verbis*:

Art. 69-A. Durante a recuperação judicial, nos termos dos arts. 66 e 67 desta Lei, o juiz poderá, depois de ouvido o Comitê de Credores, autorizar a celebração

de contratos de financiamento com o devedor, garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante, para financiar as suas atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

[...]

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, *salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores*, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Art. 69-C. O juiz poderá autorizar a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, dispensando a anuência do detentor da garantia original. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

§ 1º A garantia subordinada, em qualquer hipótese, ficará limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia original. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica a qualquer modalidade de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária. (Incluído pela Lei n. 14.112, de 2020)

Veja-se, aliás, que o art. 69-C acima reproduzido é expresso quanto à possibilidade de o *juiz autorizar – ouvido necessária e previamente o Comitê de credores – a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, **DISPENSANDO A ANUÊNCIA do detentor da garantia original, o que, permissa venia, vai ao encontro da proposição ora sustentada.***

Como se vê, as deliberações dos credores, inclusive em relação ao titular da garantia original, não são tomadas individualmente por eles, mas, sim, por meio do critério majoritário, o que referenda, também sob este enfoque, a compreensão atual da Terceira Turma do STJ.

Reitera-se, portanto, a compreensão de que, para efeito da aprovação da cláusula supressiva de garantias, seja real ou fidejussória, a concordância

individual não é exigida por lei, tomando-se o que for deliberado pela maioria classe votante, segundo o quórum legal.

Em relação à disposição prevista no art. 69-K, ao tratar da consolidação substancial (concentração de empresas do grupo econômico no polo ativo da recuperação judicial), esta apenas retratou a disposição já estabelecida no art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, que não tem o condão de afastar a deliberação majoritária pelos credores da respectiva classe quanto à cláusula supressiva, nos termos tangenciados no presente voto.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, peço vênua ao relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, para dar provimento ao recurso especial a fim de afastar a restrição imposta pela instância precedente, de modo a reconhecer que a cláusula de supressão das garantias reais e fidejussórias inserta no plano de recuperação judicial, aprovada pela assembleia geral, em detida atenção ao quórum legal, deve ser observada pelas devedoras e todos os credores das correspondentes classes, indistintamente.

Em relação ao agravo em recurso especial interposto por CCB Brasil - China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo, acompanho integralmente o voto do relator, pelo não conhecimento.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* A controvérsia dos autos está em definir se o plano de recuperação judicial, em razão do princípio majoritário, pode estabelecer cláusula supressória de garantia real e/ou fidejussória, independentemente da concordância do credor titular.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que concedeu a recuperação às agravadas e homologou a aprovação do plano de recuperação em assembleia de credores. Homologação do plano. Condições gerais de pagamento. Decisões tomadas em assembleia geral de credores que não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle de legalidade, ainda que na hipótese de aprovação do plano em assembleia.

Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento expresso do credor titular da garantia. Súmula n. 61 deste Tribunal. A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou

extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória. REsp n. 1.333.349-SP representativo de controvérsia. *Deságio*. Ausência de ilegalidade na fixação do deságio em 80%. Recurso provido em parte.

Das razões do julgado, verifica-se que:

O agravo merece acolhimento em parte.

O princípio da preservação da empresa inspira o instituto da recuperação judicial e visa a manter a fonte produtora, ou seja, da própria atividade empresarial, os empregos dela originados e, ao final, a proteção dos interesses dos credores.

Mario Sérgio Milani, firme nos ensinamentos de Misabel de Abreu Machado Derzi e Raphael Frattari, destaca que o princípio da preservação da empresa “guia as decisões tomadas entre os diversos interesses internos que nela se se compõem, representa importante parâmetro que deve pautar a aplicação da lei em cada caso e, finalmente, deverá ser o guia de interpretação, norteador das decisões judiciais.” (Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada, Malheiros, 2011, p. 199).

Consigne-se que prevalece atualmente o entendimento de que as decisões tomadas em assembleia geral de credores não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle de legalidade, ainda que na hipótese de aprovação do plano em assembleia (Enunciado n. 44, Conselho da Justiça Federal: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”).

Fábio Ulhoa Coelho vai além e defende que, mesmo aprovado pela assembleia geral de credores o plano, o magistrado poderá deixar de homologá-lo e determinar que o administrador judicial elabore com o devedor e credores um modelo alternativo de maior consistência em substituição àquele que já se pressupõe que não dará certo (Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, Saraiva, 2005, p. 163).

No mesmo sentido: Cássio Cavalli, Plano de Recuperação, p. 268-269. In: Tratado de Direito Comercial, v. 6. Coord. Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015.

E ainda:

Não obstante, o Judiciário brasileiro já considerou que ao Juiz é dado intervir excepcionalmente nos planos de recuperação judicial, quando a aprovação ou a rejeição, apesar de refletir o desejo majoritário da comunidade de credores, violar normas cogentes ou de ordem pública.

Os casos inicialmente enfrentados pelo Poder Judiciário ocorreram em situações inversas, quais sejam, os de planos de recuperação judicial que, apesar de aprovados pela maioria dos credores, violavam princípios de ordem pública, em especial o da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio, impondo a alguns minoritários sacrifícios desmedidos ou desproporcionais. (AI n. 0106661-86.2012.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 3.7.2014).

Inicialmente, deve ser reconhecida a abusividade das exonerações das garantias dos créditos originários.

Conforme se extrai da redação do art. 59 da Lei n. 11.101/2005, o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias.

Nesse ponto, importante registrar que o art. 50, § 1º, da referida lei, ao tratar da alienação de bem objeto de garantia real, impõe a concordância expressa do respectivo credor real a fim de autorizar a supressão ou substituição da garantia.

Em igual sentido é o disposto no art. 49, § 1º, que, ao excepcionar a regra do *caput* de sujeição dos créditos à recuperação, dispõe que os credores “conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.

Da interpretação de tais dispositivos legais, se infere que “em regra, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral” (REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2016).

Excepcionalmente, corolário da liberdade de disposição patrimonial, as garantias reais “poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia” (REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2016).

Em determinadas hipóteses, como ocorre no caso dos autos, foi submetida à assembleia de credores e aprovada pelo quórum legalmente exigido a liberação de todas as garantias (fs. 89/90).

Basta apurar, portanto, se os credores presentes em assembleia e favoráveis à liberação supracitada poderão impor a deliberação sobre a liberação das garantias reais e fidejussórias perante os demais credores que votarem de modo diverso ou que não deliberaram a esse respeito.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2016, decidiu como inadequado “restringir a supressão de garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido”.

Em suas ponderações, o eminente Min. Marco Aurélio Bellizze asseverou que o artigo 49, § 2º, da Lei 11.101/05 impõe a manutenção das condições originalmente contratadas para as obrigações anteriores à recuperação, ressalvando a possibilidade do plano de recuperação estabelecer de modo diverso.

Assim, a deliberação em assembleia, pela necessidade de conferir tratamento igualitário aos demais credores da mesma classe, não pode restringir a aprovação da supressão das garantias reais e fidejussória prevista no plano aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido.

Concluiu que a assembleia, órgão máximo representativo dos credores, tem quórum mínimo de instalação e aprovação (art. 37 e 45, Lei n. 11.101/05), justamente para que as disposições ali insertas vinculem “de igual modo, as partes envolvidas, ou seja, a devedora e os credores, indistintamente”:

Por consectário, ainda que determinado credor tenha optado por não comparecer à deliberação assemblear; ou presente, se absteve de vota ou se posicionando em contrariedade, total ou parcialmente, à aprovação do plano, seus termos o subordina, necessariamente. Compreensão diversa, por óbvio, teria o condão de inviabilizar a consecução do plano, o que refoge dos propósitos do instituto da recuperação judicial (REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.9.2016).

Como elemento corroborativo da tese, finaliza sustentando que a novação operada pelo plano, diferentemente da estabelecida no Código Civil, tem o escopo de reconstituir os direitos dos credores e as garantias, nas condições originalmente contratadas, caso descumprido (art. 61, § 2º, Lei n. 11.101/05).

Acrescenta que a necessidade de anuência expressa do credor com garantia real (art. 51, § 1º, Lei n. 11/101/05) está devidamente preservada porque os credores, como são representados pela respectiva classe, ao aprovarem o plano com a supressão das garantias, com ela anuíram.

Em seu voto convergente, o Ministro Moura Ribeiro buscou enaltecer a importância e a justeza das decisões tomadas em assembleia geral de credores, diante da possibilidade de negociação, bem como dos critérios objetivos para a aprovação do plano, o que afasta o “olhar individualizado de cada crédito para privilegiar uma interação coletiva e organizada dos credores”.

Reitere-se que as decisões tomadas em assembleia geral de credores não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle de legalidade, ainda que na hipótese de aprovação do plano em assembleia (Enunciado n. 44, Conselho da Justiça Federal: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”).

Ora, se é possível a revisão sob o prisma da legalidade do plano aprovado em assembleia de credores, extrai-se, de pronto, a possibilidade de que o controle verse sobre matéria que não poderia ser objeto de disposição no próprio plano.

O artigo 50, § 1º, da Lei de Recuperação Judicial estabelece que “na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”.

Não se desconhece que o art. 49, § 2º, da mesma lei, mantém as obrigações nas condições originalmente contratadas ou definidas em lei, ressalvando a possibilidade de estabelecimento de modo diverso no plano.

Acontece que a regra do artigo 50, § 1º, da Lei, pelo critério da especialidade, trata de modo inequívoco sobre a supressão ou substituição da garantia.

A lei autoriza a disposição pelo titular da respectiva garantia.

Portanto, respeitado entendimento em contrário, a supressão ou substituição da garantia não é matéria que deve ser autorizada pela classe, em AGC, mas sim pelo próprio credor que, diante das negociações que a Lei de Recuperação Judicial viabiliza, terá a faculdade da liberação ou troca por outra, a fim de cooperar com a recuperação a empresa em crise.

O art. 49, § 2º, Lei 11.101/05, ao preservar genericamente as condições originalmente contratadas, ressalvando o estabelecimento de modo de diverso no plano, não afasta a necessidade de concordância expressa do titular da garantia para a disposição sobre elas.

Em outras palavras, os dispositivos legais não são conflitantes, na medida em que, especificamente para os fins do art. 50, § 1º - liberação das garantias, não bastará a aprovação da respectiva classe.

Para a alteração das demais condições, bastará a aprovação no plano pela AGC, com os quóruns de instalação e aprovação previstos nos art. 37 e 45 da LRF.

Esse posicionamento vai ao encontro de parte da fundamentação utilizada pelo Ministro João Otávio Noronha, em voto divergente vencido no supracitado julgamento, nos seguintes termos: “A assembleia de credores tem poder para deliberar acerca da venda parcial de bens ou de outra medida que possa afetar o interesse dos credores, mas não sobre eventuais garantias reais sobre eles incidentes, tanto que a legislação previu exceção no referido § 1º do art. 50 do mesmo diploma legal”.

Sob sua ótica, o direito real de garantia tem tratamento específico no Código Civil e possui características específicas como o direito de sequela e a indivisibilidade, que impede a liberação da garantia sem a anuência do credor, sob pena de ferir o ato jurídico perfeito.

Enfatiza, ainda, que admitir o contrário ensejaria um “desequilíbrio entre as normas que regem a matéria, o que, no Direito, não se justifica sob nenhum enfoque”.

Por fim, o Ministro João Otávio Noronha ressalta que “esse modo de proceder não criou distinção entre credores da mesma classe, porquanto a regra

instituída na legislação de que, para a supressão ou substituição de garantia real, é necessária a anuência expressa é medida a ser tomada individualmente pelos credores titulares da garantia. No caso, se alguns concordarem em abrir mão de suas garantias e, nos casos das reais, deixar o respectivo bem livre e desembaraçado para qualquer fins, foi por opção própria, não podendo obrigar os demais”.

Nesse sentido, é a Súmula 61 do TJ/SP: “Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular”.

Acrescente-se a isso a lógica de que, não raras as vezes, apenas parte dos bens garantidos por direito real de garantia poderão ser afetados pelo plano (art. 50, XI, Lei n. 11.101/05), operando-se tratamento diferenciado apenas em desfavor dos titulares das garantias que recaiam sobre tais bens, porque liberadas pela classe.

No que se refere à extinção das ações em face das empresas do grupo Tonon, sem razão o agravante.

O art. 59 da Lei n. 11.101/05 dispõe que o plano de recuperação aprovado implica novação das obrigações envolvendo os créditos anteriores ao pedido, estabelecendo a partir daí uma condição resolutiva vinculada ao cumprimento integral do plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/05).

Deve-se firmar o entendimento de que a novação não interfere nas garantias ofertadas pelas recuperandas, ou seja, nas garantias dos débitos sujeitos ao plano:

Em suma, prevalece o entendimento doutrinário e pretoriano, no sentido de que, concedida a recuperação judicial, a novação dela decorrente afeta, exclusivamente, as obrigações da empresa- devedora constituídas até a data do pedido.

Outrossim, a novação não atinge os coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e, especialmente, avalistas, haja vista a autonomia do aval. (Manoel de Queiroz Pereira Calças, Tratado de Direito Comercial, Falência e Recuperação de empresa, Direito Marítimo, Coord. Fábio Ulhoa Coelho, Saraiva, 2015, p. 308).

A questão está pacificada no Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso representativo de controvérsia, sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão:

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Direito Empresarial e Civil. Recuperação judicial. Processamento e concessão. Garantias prestadas por terceiros. Manutenção. Suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral. Impossibilidade. Interpretação dos arts. 6º, caput, 49, § 1º, 52, inciso III, e 59, caput, da Lei n. 11.101/2005. 1. Para efeitos do art. 543- C do CPC: “A recuperação judicial do devedor principal não impede

o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005". 2. Recurso especial não provido (REsp n. 1.333.349-SP, j. 5.9.2014).

O Min. Luis Felipe Salomão define que a novação não obsta o prosseguimento das ações e execuções em face de terceiros devedores, seja no período de processamento da recuperação judicial, seja após a homologação judicial do plano aprovado:

"Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial.

4. Ambas as Turmas de Direito Privado têm entendimento uniforme acerca do tema, seja na primeira fase da recuperação - processamento -, seja na segunda - concessão da recuperação depois de aprovado o plano." Frise-se o disposto no enunciado da Súmula n. 581 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória".

Conforme entendimento consolidado nesta Câmara, "a novação das dívidas existentes em nome da recuperanda não altera as garantias eventualmente existentes em favor dos credores, e isto deve ficar claro" (Al. n. 2185033-10.2015.8.26.0000, Rel. Enio Zuliani, j. 16.3.16).

A cláusula 2.1.1, que prevê que as garantias que se tornarem incompatíveis com o plano aprovado não poderão ser consideradas em razão da novação, conforme fundamentos de fs. 13, não deve prevalecer.

Desse modo, deve ser afastada a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservadas as ações promovidas em face dos coobrigados das agravadas, para ressaltar o exercício irrestrito do direito de ação em face de terceiros.

Exceção feita aos garantidores, as ações de execução promovidas em face das agravadas e de “seus controladores, suas controladas, coligadas, afiliadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário ou econômico”, segundo a cláusula 12.3 transcrita a fs. 14, devem ser extintas em decorrência da aprovação do plano de recuperação sem que isso implique ilegalidade da cláusula, pois é consequência da novação das obrigações relacionadas com os créditos sujeitos ao plano e favorece o soerguimento das recuperandas.

Não há, de todo modo, interesse em se manter tais ações de execução se os créditos serão pagos na forma fixada pelo plano de recuperação homologado pela maioria dos credores.

Por fim, o deságio em 80% do crédito relativo aos credores da Classe III quirografários, não se mostra abusiva na medida em que houve votação e aprovação expressa na classe, bem como se coaduna com o princípio da preservação da empresa.

Não se ignora que o percentual de deságio é elevado, mas a abusividade deve ser verificada no conjunto fático para então se aferir se há afronta ao princípio da boa-fé e aos fins sociais e econômicos, o que não está presente:

Recuperação judicial. Plano aprovado em assembleia de credores e homologado judicialmente. Alegação de ilegalidades e abusividades. Deságio de 70%, índice de correção monetária pela TR, carência de 12 meses, prazo de pagamento de 144 meses e ausência de previsão. Lei que atribui à assembleia de credores o poder de aprovar, modificar ou rejeitar o plano. Art. 35 I “a” LRF. Caráter contratual. Ausência de afronta à Constituição Federal, legislação infraconstitucional, boa-fé ou princípios gerais de direito. Enun. CJF 44. Viabilidade econômica do plano que foge do alcance de exame do Poder Judiciário. Enun. CJF 46. Recurso desprovido (Al. n. 2249187-37.2015.8.26.0000, Rel. Teixeira Leite, j. 20.04.2016).

De qualquer modo, as medidas adotadas pelas agravadas para superar a crise financeira é questão pertinente ao exclusivo exame dos credores, não cabendo ao Poder Judiciário verificar sua viabilidade se não há ofensa direta às normas constitucionais ou infraconstitucionais, tampouco aos princípios contratuais e empresariais de ordem pública.

Fica reformada em parte a r. decisão agravada, para ressaltar afastar a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservar direito de o credor ajuizar e prosseguir com ação ou execução em face de terceiros coobrigados das agravadas.

Nessas condições, não havendo qualquer outra ilegalidade do plano aprovado em assembleia geral de credores, era mesmo de rigor a sua aprovação.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

(fls. 374-389)

2. Nesse passo, como se sabe, com o deferimento do processamento da recuperação judicial, o magistrado, entre outras providências, nomeia administrador judicial e determina a expedição de edital para publicação no órgão oficial, de modo a permitir a habilitação dos créditos e a apresentação de objeções ao plano de recuperação judicial (art. 52, § 1º, da Lei n. 11.101/2005).

Havendo objeção de qualquer credor, o juiz deverá convocar assembleia geral de credores, que é o órgão máximo de deliberação no processo recuperacional.

Compete a ela a aprovação, rejeição ou modificação do plano de reestruturação apresentado pelo devedor ou de planos alternativos, bem como a apreciação das objeções/oposições suscitadas ou de qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores (arts. 35, inciso I, alíneas “a” e “f”, e 56, *caput*, da Lei n. 11.101/2005). Em se tratando de verdadeira *mesa de negociações*, não há rigidez em suas deliberações, mas sim certa maleabilidade nas tratativas entre os credores para a conciliação de interesses relativos aos propósitos de reestruturação estabelecidos pelo devedor; sem tal compatibilização, a preponderância da vontade dos credores poderia desordenar o intuito de soerguimento da empresa, levando-a, muito possivelmente, à bancarrota, o que prejudicaria exponencialmente as pretensões creditícias.

Nesse cenário, à luz da conhecida “teoria dos jogos”, fala-se em interação estratégica entre o devedor e os credores, capaz de pressupor um consenso mínimo de ambos a respeito dos termos delineados no plano de recuperação.

Por meio da discussão do Plano de Recuperação Judicial, cabe à empresa devedora, de um lado, projetar seu fluxo de caixa futuro, de modo transparente, a fim de estipular a verdadeira capacidade de pagamento das obrigações firmadas perante os credores, e, por outro lado, que esses credores aprovem tal prospecto de forma célere, ainda que isso resulte na abdicação de alguns direitos.

Nessa perspectiva, quando o plano de reestruturação não for impugnado por nenhum credor (aprovação tácita) ou tiver sido aprovado pela assembleia geral (o que implicará a preclusão lógica das objeções suscitadas), incumbirá ao juiz conceder a recuperação judicial, desde que atendidos os requisitos legais, nos termos do art. 58 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*:

Art. 58. *Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.*

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Desse modo, segundo a jurisprudência do STJ, “*no processo recuperacional, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação e sobre as objeções/oposições suscitadas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, o que decorre, principalmente, do interesse público consubstanciado no princípio da preservação da empresa e consecutária manutenção das fontes de produção e de trabalho*” (REsp 1.587.559/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe 22/05/2017).

Assim, em havendo a aprovação, tácita ou expressa, do plano de reorganização, caberá ao juiz conceder a recuperação judicial se atendidos os requisitos de validade do novo negócio jurídico estabelecido entre o devedor e os credores reunidos em assembleia (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma adequada; e vontade exteriorizada conscientemente de forma livre e desembaraçada) e aqueles específicos insertos na Lei n. 11.101/2005.

3. Como sabido, a aprovação do plano de recuperação judicial implica a novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias (LREF, art. 59).

Após intensos debates acerca da posição a ser assumida por quem, juntamente com a empresa recuperanda, figurou como coobrigado em contratos ou títulos de crédito submetidos à recuperação, o STJ, em recurso repetitivo, definiu a tese de que “*a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial,*

real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005” (REsp 1.333.349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015).

Posteriormente, tal entendimento ficou sedimentado na *Súm. 581 do STJ*: “*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.*”

Naquela oportunidade, algumas premissas foram definidas em relação à novação.

A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz, ordinariamente, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia” ou, como se verá, a depender da garantia, por ocasião de cláusula específica prevista no plano.

Por outro lado, a novação específica da recuperação desfaz-se na hipótese de falência, quando então os “credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas” (art. 61, § 2º).

Diante disso, concluiu-se que o plano de recuperação judicial acaba por operar uma *novação sui generis e sempre sujeita a condição resolutiva*, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil.

Dessarte, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, *as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.*

Não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial.

Portanto, mostra-se *descabida a suspensão das ações, em razão do processamento da recuperação, ou sua extinção, por força da alegada novação operada pelo plano, estando o credor autorizado a exercer seus direitos contra os garantidores com a manutenção de ações e execuções em desfavor de fiadores, avalistas e coobrigados em geral.*

4. Diante disso, subjaz, como dito, a discussão em relação à possibilidade ou não de se estabelecer, no plano de recuperação, cláusula de supressão das garantias reais e fidejussórias, estendendo a novação recuperatória aos coobrigados e garantidores do crédito, seja para suspensão das ações e execuções, seja para novação condicional do crédito.

Trata-se, essencialmente, da interpretação dos arts. 49, §§ 1º e 2º, 50, § 1º, e 59 da Lei n. 11.101/2005 a ser conjugada com todo o sistema recuperacional.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei

[Art. 50. § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia].

Existem basicamente quatro posições a respeito do tema:

i) a *primeira* entende que *é ilegal a cláusula de supressão de garantias prevista no plano de recuperação*, uma vez que acaba impondo aos credores a desconsideração das garantias prestadas nos contratos que deram origem aos créditos objeto da novação, exonerando coobrigados, fiadores e avalistas; por conseguinte, deve haver o prosseguimento das execuções e ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados, já que o plano vincula apenas às partes envolvidas (devedor em recuperação e credores);

ii) a *segunda* corrente, adotada pela il Relatora, advoga a tese de que *o Plano de Recuperação poderá novar a dívida dos coobrigados, desde que a eficácia*

de tal cláusula supressória se limite aos credores que a aprovaram sem ressalvas, não podendo alcançar os credores ausentes, os que não votaram (apesar de presentes) e os que votaram contrariamente à aprovação do plano – entendimento consubstanciado por parcela da Terceira Turma (Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrichi), conforme se extrai de votos prolatados nestes autos e no REsp n. 1.700.487/MT;

(iii) a terceira corrente, por sua vez, defende que a cláusula supressória será existente, válida e eficaz para todos os credores da recuperanda, ainda que tenham votado contra os termos do plano ou efetivado qualquer ressalva sobre referida disposição, bastando para tanto que tenha havido a aprovação pelo quorum legal, devidamente homologado pelo juízo. É a tese majoritária da Terceira Turma do STJ, corroborada pelos Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino (conforme manifestações no REsp n. 1.700.487/MT).

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Recurso especial. Plano de recuperação. 1. Delimitação da controvérsia. 2. Tratamento diferenciado. Credores da mesma classe. Possibilidade. Parâmetros. 3. Convolução da recuperação em falência. Convocação de assembleia de credores. Desnecessidade. 4. Previsão de supressão das garantias reais e fidejussórias devidamente aprovada pela assembleia geral de credores. Vinculação da devedora e de todos os credores, indistintamente. 5. Recurso especial parcialmente provido.

1. Cinge-se a controvérsia a definir: a) se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; b) se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convolução da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial; c) se a supressão das garantias real e fidejussória estampada expressamente no plano de recuperação judicial, aprovada em assembleia geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe ou apenas aqueles que votaram favoravelmente à supressão.

Por unanimidade de votos.

2. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem em verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

3. O devedor pode propor, quando antever dificuldades no cumprimento do plano de recuperação, alterações em suas cláusulas, as quais serão submetidas ao crivo dos credores. Uma vez descumpridas as obrigações estipuladas no plano

e requerida a convalidação da recuperação em falência, não pode a recuperanda submeter aos credores decisão que complete exclusivamente ao juízo da recuperação.

Por maioria de votos.

4. Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes, o que importa na vinculação de todos os credores, indistintamente.

4.1 Em regra (e no silêncio do plano de recuperação judicial), a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.

4.2 Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).

4.3. Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.

4.4 Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.

4.5 No particular, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art.

50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.700.487/MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 26/04/2019)

(iv) a quarta, capitaneada pelo professor Fábio Ulhoa Coelho, é uma solução intermediária e que, conforme será demonstrado, é a por mim defendida.

5. De fato, apesar de a recuperação judicial do garantido (avalizado ou afiançado) não importar em nenhuma consequência em relação aos direitos do credor contra o garante (avalista ou fiador), penso ser possível, em razão da soberania da assembleia de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação, inclusive quanto às objeções/oposições suscitadas, que se estabeleça cláusula supressória das garantias, em verdadeira novação recuperacional *ex lege*, ainda que a proposta que ora se apresenta seja um tanto mitigada.

Isto porque, dentre os instrumentos previstos no art. 50 da LRE para a confecção do plano de recuperação (rol exemplificativo), pode ser incluída a referida disposição especial, em que os envolvidos (credores e devedor), diante da autonomia da vontade, venham a decidir não mais exigir, de forma imediata, a dívida em relação aos seus garantidores e coobrigados.

Não se pode olvidar que o processo de negociação entre devedor e credores na recuperação judicial é muito diverso de uma mera negociação de direito privado, sendo fortemente regulado pela norma. Prova disso é que “o plano aprovado pela maioria vincula a minoria de credores, numa solução incompatível com o regime de uma negociação de direito privado. Além disso, a negociação entre devedor e credores no processo de recuperação é conduzida e presidida pela autoridade judicial, que pode interferir no seu desenvolvimento, inclusive para superar o veto imposto por determinada classe de credores à aprovação do plano (art. 58, § 1º)” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. Coord. Francisco Satiro de Souza Junior. São Paulo: RT, 2007, p. 295).

É de se considerar, no entanto, que eventual convolação da recuperação judicial em falência acarretará a desconstituição da novação recuperacional, com a ripristinação da situação anterior, em que “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

6. Em verdade, penso que se deve adotar um meio-termo entre aquelas soluções adotadas pela Terceira Turma do STJ: *a depender do tipo de garantia do crédito, poderá ser exigida ou não a concordância do credor titular, ainda que a cláusula de supressão tenha sido aprovada pelo plano de recuperação judicial.*

De fato, com relação à fiança, ao aval e ao direito de regresso, *garantias fidejussórias* (de direito pessoal), por haver expressa disposição legal e por se tratar de exceção ao princípio majoritário na aprovação do plano, *elas não podem ser afastadas automaticamente.*

Como sabido, em busca de maior segurança no adimplemento do débito, os credores têm exigido do devedor certas garantias, que inclusive refletem no custo de concessão do crédito. A garantia pessoal é aquela em que terceiros se responsabilizam, acrescentando o seu patrimônio, pelo pagamento da dívida. Em relação a esse tipo de garantia, por haver expressa disposição de lei – “*os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, LREF)*” –, tornou inalcantável a modificação da garantia pela simples aprovação do plano de recuperação.

Deveras, a novação “não opera qualquer mudança nos direitos dos credores em relação às obrigações cambiárias (avais e endossos) de coobrigados e obrigados de regresso porque autônomas em relação à principal. Esta conclusão está em sintonia com o disposto no art. 365 do Código Civil” (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. Vol. 3. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 225).

Aliás, tal dispositivo, apesar de inserido numa nova ordem recuperacional e falimentar, traz a exegese histórica da antiga concordata, segundo a qual “a concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso” (art. 148 do Decreto-Lei n. 7.661/1945).

Como pondera o escólio dos clássicos, os garantes fidejussórios continuavam a responder regressivamente, nos termos originalmente contratados e de forma integral:

TRAJANO MIRANDA VALVERDE:

A concordata não nova a obrigação, vale dizer, o credor não adquire com a concordata um novo direito. Se a concordata é rescindida, e, em consequência, aberta, ou reaberta a falência, o seu crédito não está sujeito a novo processo de verificação.

Continuará a figurar no passivo pelo mesmo montante, se nenhum pagamento parcial foi efetuado pelo concordatário. *Terceiros interessados na concordata são, de modo geral, todos aqueles que respondem com o concordatário pelo pagamento de obrigações reguladas na concordata. Entram nesta classe não só o fiador da concordata, cuja responsabilidade é limitada às condições que formam o conteúdo da concordata, como também os coobrigados com o concordatário, seus fiadores e os obrigados por ação regressiva, cuja responsabilidade é integral, se o título ou a lei não dispõe o contrário. O artigo, a exemplo de outras legislações, declara que a concordata não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis pela via de regresso. É a solidariedade passiva, contratual ou legal, simultânea ou sucessiva, em obrigações sujeitas aos efeitos da concordata. O decreto revogado concedia a esses co-devedores o direito de discutir a proposta da concordata, cujos efeitos repercutem, sem dúvida, no seu patrimônio. Quanto mais alta for a percentagem oferecida pelo devedor principal, o concordatário, menor será o prejuízo deles.*

(*Comentários à Lei de Falências*, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 262-264)

PONTES DE MIRANDA:

A concordata não tem eficácia novativa, *nem libera os coobrigados do devedor, nem os fiadores dos coobrigados, nem os que respondem regressivamente* (1961, p. 108, § 3.470).

[...]

Os coobrigados com o concordatário ficam incólumes; os credores podem ir contra eles como se nada houvesse ocorrido. Obrigados solidários, fiadores, donos de bens dados em garantia, obrigados de regresso, coobrigados cambiários e cambiariformes, todos continuam obrigados como estavam antes da concordata. Os que pagam as dívidas e se sub-rogam pessoalmente aos credores satisfeitos podem habilitar-se à percentagem concordatária. Com a sentença que julga cumprida a concordata (sentença de cumprimento da concordata), nenhum credor, que recebeu percentagem, tem ação para haver a diferença entre o recebido e o que lhe era devido, nem subsiste crédito sem pretensão, nem obrigação natural. Se há responsabilidade de outrem, muda de figura.

O credor do concordatário e de coobrigado tem ação para desse receber todo o crédito, ou para receber o restante, se teve a percentagem concordatária. Se o coobrigado também pediu e obteve concordata, ou se lhe foi decretada a falência, tem o credor, que recebeu a percentagem falencial, ou a percentagem que lhe coube na concordata do coobrigado, a ação para receber o restante na concordata do devedor.

O art. 27 e seus § 1º e 2º são invocáveis, por se tratar de regras jurídicas que apenas exprimem princípios.

(*Tratado de direito privado*. v. 30. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, pp. 108-109).

No direito estrangeiro, aliás, a solução que vem sendo adotada segue essa linha de raciocínio, conforme aponta Manoel de Queiroz Pereira Calças:

Na **Argentina**, a Lei n. 24.522, que regulamenta os concursos e quebras, estabelece no art. 55: "*Novación. En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios*" ("Novação. Em todos os casos, o acordo homologado importa a novação de todas as obrigações com origem ou causa anterior ao concurso. Esta novação não causa a extinção das obrigações do fiador nem dos codevedores solidários", tradução livre do autor).

[...]

Em **Portugal**, o Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (Decreto-Lei n. 200/2004, de 18 de agosto), no 21T artigo, n. 4, preconiza: "As providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor *não afectam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os convedores ou terceiros garantes da obrigação*, mas estes sujeitos apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos."

[...]

Na **Itália**, foi aprovado, em 16 de janeiro de 2006, "*Il Nuovo Codice del Fallimento e delle Altre Procedure Concorsuali*" (Novo Código de Falência e de Outros Procedimentos Concurais) pelo Decreto-Lei n. 5, de 2006, que em seu art. 135 preconiza:

"*(Effetti del concordato). Il concordato omologato e obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione Ai passivo. A questi però non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi. I creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso*" ("Efeito da concordata. A concordata homologada é obrigatória para todos os credores anteriores à abertura da falência, compreendendo aqueles que não tenham apresentado pedido de admissão ao passivo. A estes, porém, não se estendem as garantias dadas na concordata por terceiro. Os credores conservam suas ações por inteiro crédito contra os coobrigados, os fiadores do falido e os obrigados pela via de regresso", tradução livre do autor).

(Revista do Advogado n. 105, de setembro de 2009, Ano XXIX, editado pela ASSP - Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 124-125)

Na perspectiva da atual legislação e tendo em conta a exegese histórica da norma, penso que, diante da previsão normativa específica do art. 49, § 1º, *devem ser mantidos os direitos, privilégios e garantias titulados pelos credores que*

não anuírem com a supressão de suas garantias, mercê da deliberação assemblear em sentido diverso, sendo possível, no entanto, a derrogação convencional de tal prerrogativa por se estar diante de direito disponível, tratando-se de interesse eminentemente privado.

Como bem destacou o Ministro Ricardo Cueva, “inexistindo manifestação do titular do crédito com inequívoco ânimo de novar em relação às garantias, não se mostra possível afastar a expressa previsão legal de que a novação não se estende aos coobrigados (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005). De fato, nos termos do artigo 361 do Código Civil, a novação não se presume, dependendo da constatação do inequívoco *animus novandi*” (REsp n. 1.700.487/MT).

Portanto, só há falar em eficácia da cláusula extensiva da novação aos coobrigados (“cláusula supressória”) se houver manifestação do credor titular da garantia fidejussória nesse sentido (bastando que o credor se posicione favoravelmente à proposta assemblear de soerguimento para se conferir eficácia à cláusula) ou, ainda, se futuramente vier a existir previsão legal específica conferindo tal autorização.

No que toca à fiança, importa destacar que, apesar de se tratar de obrigação acessória que deveria seguir a sorte da obrigação principal, por opção legislativa, o fiador deverá continuar respondendo pela dívida se o devedor estiver em recuperação judicial. A *ratio*, ao que parece, é porque, nos termos da norma, em aberto o concurso de credores, o benefício de ordem deverá ser afastado, por se tratar de devedor “insolvente [concordatário ou recuperando] ou falido” (CC, art. 828, III).

No ponto, com maior razão em relação ao avalista, haja vista a força dos predicados do título crédito, notadamente a sua autonomia em relação à obrigação principal, nos termos dos arts. 32 da Lei Uniforme de Genebra - LUG e 899 do Código Civil.

A Segunda Seção do STJ, inclusive, firmou o posicionamento de que “o aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou de um co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente” (EAg 1.179.654/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 28/03/2012, DJe 13/04/2012).

7. No entanto, *relativamente aos direitos reais de garantia*, a conclusão é diversa.

É que, nesses casos, “os créditos hipotecários, pignoratícios e anticréticos (objetos de direito real de garantia) sujeitam-se aos efeitos da recuperação judicial, isto significa que todos os elementos da obrigação podem ser alterados. Não somente o seu valor pode ser reduzido ou o seu vencimento dilatado, mas também a garantia pode ser reduzida, substituída ou mesmo suprimida. Nada há, na lei, que importe tornar a garantia (quando sujeito o crédito aos efeitos da recuperação judicial) um dos elementos da obrigação que estaria por assim dizer imune à novação recuperacional” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 3. ed. em e-book baseada na 13. ed. impressa, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, item 123-A).

Com efeito, não havendo nenhum dispositivo da legislação de regência que obste a novação de direitos reais de garantia, mostra-se plenamente possível, a meu juízo, que o plano de recuperação, aprovado pela assembleia, tenha o poder de novar o crédito principal e as correspondentes *garantias de direito real*, inclusive suprimindo-as, reduzindo-as ou substituindo-as, sob pena de equipará-los aos créditos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Assim, ainda que o credor venha a se opor ou a votar pela rejeição da supressão de suas garantias reais, deverá submeter-se à decisão soberana do órgão máximo representativo dos credores, nos termos do quórum dos arts. 37 e 45 da Lei de regência.

É de se reconhecer, portanto, que a supressão de garantia de direito real, tal qual está previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, como parte integrante das tratativas negociais, vincula todos os credores titulares dessas garantias.

Destaque-se que a dicção do art. 50, § 1º da LREF – “*na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia*” – por si só não é apta a afastar esse entendimento.

Na verdade, conforme bem pontua a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, tal normativo é voltado “a assegurar que o credor hipotecário, pignoratício ou anticrético possa exercer *sua preferência na liquidação falimentar*”, pois “*a finalidade deste direito resume-se a tornar efetiva a preferência na hipótese de convocação em falência e não importa em limitar a sua sujeição aos efeitos da recuperação judicial*” (*ob. cit.*, item 123-A).

Além do mais, a exegese do § 2º do art. 49 da LREF acaba por autorizar que a deliberação assemblear disponha, no plano de recuperação, a supressão do direito de garantia real, já que *a restrição interpretativa do dispositivo, segundo as regras de hermenêutica, volta-se apenas ao § 1º (garantias fidejussórias)*. Dispõe a norma que:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os *coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, *salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial*.

Realmente, penso estar correta a assertiva da Ministra Nancy Andrichi, ao interpretar referido dispositivo, de que “as regras de hermenêutica não autorizam concluir que a previsão legal de que o plano de soerguimento possa dispor de modo diverso sobre as condições das obrigações originalmente contratadas seja estendida às garantias [fidejussórias] pactuadas. *Isso porque a norma que confere aos credores o direito de manutenção de seus direitos e privilégios em face de coobrigados, fiadores e obrigados de regresso está aposta no parágrafo imediatamente anterior do mesmo dispositivo legal, de modo que seu substrato fático não pode, por imperativo lógico, ser abarcado pela regra do parágrafo subsequente*”.

De fato, os §§ 1º e 2º excepcionam a regra geral disposta no *caput* de que *todos os créditos* existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. O § 1º *excepciona as garantias fidejussórias*, determinando que elas *não podem ser atingidas* pela recuperação judicial. Já o § 2º traz outra exceção (que não pode colidir, por óbvio, com a primeira), segundo a qual *as condições originalmente previstas* (valores, prazos, encargos) para cumprimento das obrigações anteriores ao pedido – *ressalvadas as garantias fidejussórias, pois já excluídas da recuperação pelo § 1º* – poderão ser modificadas pelo plano de soerguimento.

8. Por conseguinte, a exceção ao princípio majoritário na aprovação do plano de recuperação volta-se unicamente às garantias fidejussórias. Não há nenhuma vedação no tocante à modificação das garantias de direito real pelo plano de recuperação, pois, reafirme-se, a limitação dispositiva ao plano de recuperação do § 2º se deu apenas em relação ao seu parágrafo antecessor (coobrigados, fiadores e obrigados de regresso).

Assim, caso os credores em assembleia, devidamente representados por sua respectiva classe, decidam pela supressão dos direitos reais de garantia – ainda que um credor não compareça à deliberação ou, mesmo presente, abstenha-se de votar ou se posicione contrariamente –, toda a universalidade de credores estará a ele sujeito, necessariamente, devendo tal decisão ser tida como um sacrifício válido a ser suportado pela minoria vencida (ou não votante) em detrimento da maioria.

Outrossim, conforme bem asseverado pelo Ministro Marco Bellizze, “quando a lei afirma que o credor terá a seu favor a restituição de seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, significa que o credor, na fase concursal, terá o benefício da preferência, segundo a garantia de que é titular, no recebimento de seu crédito. Ele não fará jus, por exemplo, ao bem sobre o qual recaia a sua garantia. Com o decreto falencial, vende-se o ativo para pagar o passivo, na ordem de preferência legal, segundo a natureza dos créditos. Logo, não há razão, nem sequer prática, para impedir que os credores, caso assim entendam necessária à consecução do plano de recuperação judicial, transacionem a supressão das garantias de que são titulares” (REsp n. 1.700.487/MT).

É nesse sentido a precisa conclusão de Fábio Ulhoa Coelho:

Em suma, o plano de recuperação aprovado pela assembleia de credores pode novar o crédito suportado em direito real de garantia, inclusive suprimindo, reduzindo ou substituindo a garantia real. Caso ela não pudesse ser alcançada pela novação, o estatuto jurídico do crédito seria outro, isto é, em vez de sujeito, estaria numa situação assemelhada aos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Ressalte-se, contudo, que eventual convolação da recuperação judicial em falência acarretará a desconstituição da novação recuperacional. Neste caso, para assegurar que o credor hipotecário, pignoratício ou anticrético possa exercer sua preferência na liquidação falimentar, a LF estabelece que o bem onerado não pode ser alienado sem a concordância daquele (art. 50, § 1º). A finalidade deste direito resume-se a tornar efetiva a preferência na hipótese de convolação em falência e não importa em limitar a sua sujeição aos efeitos da recuperação judicial.

No julgamento do Recurso Especial 1.523.943-MT, o STJ adotou, por maioria, este entendimento relativamente às garantias reais.

De acordo com o relator, Min. Marco Aurélio Bellizze, “ainda que determinado credor tenha optado por não comparecer à deliberação assemblear; ou, presente, se absteve de votar ou se posicionado em contrariedade, total ou parcialmente, à aprovação do plano, seus termos o subordinam, necessariamente. Compreensão diversa, por óbvio, teria o condão de inviabilizar a consecução do plano, o que

refoge dos propósitos do instituto da recuperação judicial. De se reconhecer, portanto, que a supressão das garantias reais (...), tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, como parte integrante das tratativas negociais, vincula todos os credores titulares de tais garantias. Naturalmente, caso não se implemente o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas' (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005). (...) Assinala-se, ainda que a necessidade de que os credores com garantia real consentam, por ocasião da alienação do bem dado em garantia, com a substituição ou supressão da garantia, contemplada no art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, na hipótese dos autos, afigura-se absolutamente preservada, pois, como visto, todos os credores, representados pelas respectivas classes, ao aprovarem o plano de recuperação judicial que dispõe sobre tal matéria (supressão das garantias reais (...)), com ela anuíram, inegavelmente”.

A este entendimento, opôs-se o Min. João Otávio de Noronha, vencido: “o § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005 faz referência à necessidade de anuência expressa do credor para a supressão ou substituição de garantia real no caso de alienação do bem com ela gravado, porquanto o legislador previu como um dos meios eficazes para a recuperação da empresa a venda de bens. Contudo, é evidente que a única interpretação que se lhe pode atribuir é que essa exigência se aplica a todos os casos em que haja a liberação total ou parcial ou a substituição da garantia real. Admitir forma diversa ensejaria um desequilíbrio entre as normas que regem a matéria, o que, no Direito, não se justifica sob nenhum enfoque”.

Há, contudo, que se ressaltar, data venia, o acerto do voto vencido acerca das garantias fidejussórias. A maioria tratou igualmente os dois gêneros de garantias (reais e fidejussórias), mas a lei as distingue. Com ênfase, enquanto não se encontra nenhuma norma legal obstando a novação de direitos reais de garantia, em relação às garantias fidejussórias (aval ou fiança prestados naturalmente por terceiros), há disposição expressa tornando-as inalcançáveis pela recuperação judicial do garantido: art. 49, § 1º.

(Op. cit, item 123-A)

9. Na hipótese, o Tribunal de origem afastou a cláusula do plano de recuperação que previa a exclusão de todas as garantias, nestes termos:

A cláusula 2.1.1, que prevê que as garantias que se tornarem incompatíveis com o plano aprovado não poderão ser consideradas em razão da novação, conforme fundamentos de fs. 13, não deve prevalecer.

Desse modo, deve ser afastada a interferência do plano nas garantias dos credores, assim como preservadas as ações promovidas em face dos coobrigados das agravadas, para ressaltar o exercício irrestrito do direito de ação em face de terceiros.

Dessa maneira, deve ser reconhecida a ineficácia da cláusula supressória apenas em relação às garantias pessoais e desde que não tenha havido anuência dos respectivos titulares, sendo, no entanto, plenamente eficaz no que tange às garantias reais.

10. Ante o exposto, pedindo vênica aos Ministros que votaram de forma divergente, dou parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a ineficácia da cláusula supressória apenas em relação às garantias pessoais e desde que não tenha havido anuência dos respectivos titulares; entretanto, reconheço a plena eficácia da cláusula quanto à supressão das garantias reais.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: O julgamento do presente *recurso especial* busca definir *se a supressão das garantias, reais e fidejussórias, expressamente prevista no plano de recuperação judicial e aprovada em assembleia-geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe*, mesmo aqueles que não tenham concordado com a supressão ou que não tenham comparecido à deliberação.

O eminente Relator, *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, em seu ilustrado voto, defende que a supressão das garantias, reais e fidejussórias, expressamente prevista no plano de recuperação judicial e aprovada em assembleia-geral de credores, vincula somente os credores que tenham concordado expressamente.

Passo ao voto-vista.

De início, é de se destacar a existência de precedentes desta Corte admitindo que a supressão de garantias reais e fidejussórias, decididas em assembleia-geral de credores de sociedade submetida a regime de recuperação judicial, deve ser estendida aos credores ausentes ou sucumbentes na votação.

O primeiro precedente a analisar o tema foi o *REsp 1.388.948/SP*, julgado pela eg. *Terceira Turma* sob a relatoria do eminente *Ministro Paulo de Tarso Sanseverino*. O recurso foi movido por *Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda*, sociedade empresária do setor *sucroalcooleiro*, e o julgado está assim ementado:

Recurso especial. *Recuperação judicial*. Agravo de instrumento. *Plano de recuperação aprovado. Novação de créditos anteriores ao pedido de recuperação. Inexistência de esvaziamento, substituição ou supressão de garantias reais* (penhora agrícola de safras). Harmonização entre o art. 50, § 1º, da Lei 11.101/05 e o art. 1.443 do Código Civil.

1. Discussão vertida no curso de processo de recuperação judicial grupo econômico (Grupo Alta Paulista) especializado na produção e comercialização de açúcar e álcool extraídos das lavouras de cana-de-açúcar.

2. *Polêmica em torno da garantia real consubstanciada em penhor agrícola de safras de cana-de-açúcar, produtos e subprodutos, relativa à colheita de 2011/2012.*

3. A finalidade da recuperação judicial é permitir o soerguimento da empresa atingida por dificuldades.

4. *Perderia o seu sentido o processo de recuperação de sociedades empresárias em dificuldades financeiras se os créditos abarcados pela recuperação restassem ileso a alterações.*

5. *A lógica do sistema de recuperação é singela, atribuindo-se a maioria de credores, conforme o volume de seus créditos, a decisão acerca de seu destino.*

6. *O interesse dos credores/contratantes, no curso de processo recuperacional, é preservado pela sua participação na assembléia geral, quando então poderão aquiescer com a proposta, se lhes for favorável, alterá-la parcialmente, ou remodelá-la substancialmente, desde que a maioria e o devedor com isso consinta e a proposta não venha a afetar apenas aqueles que da assembléia não participaram.*

7. Nesse panorama, deve-se preservar o plano de recuperação.

8. Preservação não apenas dos interesses dos credores, mas também das próprias garantias contratadas, fazendo, na espécie, aplicar-se o art. 1.443 do CCB, cuja incidência não ofende o quanto disposto no § 1º do art. 50 da Lei 11.101/05, já que não se estará a substituir o penhor agrícola das safras, nem a suprimi-lo, restando a garantia hígida, acaso sobrevenha o insucesso da recuperação.

9. Impedir a empresa em recuperação de transformar as suas colheitas no produto que será objeto de renda para o pagamento das suas diuturnas obrigações, e de cumprir os contratos consoante esquematizado no plano, apenas malograria o objetivo principal da recuperação.

10. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.388.948/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 08/04/2014)

Naquele julgamento, a *Ministra Nancy Andriighi* (voto-vista) e o *Ministro Sidnei Beneti* votaram com o Relator. Não participaram do ato os *Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva* (Presidente) e *João Otávio de Noronha*.

No aludido primeiro julgado, como se viu, ficou assente o entendimento de que “*o interesse dos credores/contratantes, no curso de processo recuperacional, é preservado pela sua participação na assembléia geral, quando então poderão aquiescer com a proposta, se lhes for favorável, alterá-la parcialmente, ou remodelá-la*”

substancialmente, desde que a maioria e o devedor com isso consentam e a proposta não venha a afetar apenas aqueles que da assembléia não participaram". Ademais, foi permitido que o penhor agrícola incidente sobre a safra de cana-de-acúcar de determinado ciclo cultural incidisse sobre a safra do ciclo subsequente, nos termos do art. 1.443 do CC/2002.

Dessa forma, embora se tenha admitido, como pressuposto teórico, a extensão da supressão de garantia real a todos os credores da respectiva classe, no caso concreto tal premissa acarretou apenas a substituição do bem garantia por outro bem, a safra subsequente, de modo que, na prática, a garantia real não foi propriamente suprimida.

Em suma, embora a higidez da garantia tenha sido afastada momentaneamente, ao final, acabou sendo preservada, pois, na prática, o que sucedeu foi apenas a substituição do bem dado em garantia por outro da mesma natureza, em momento posterior.

Contudo, em outro julgado, lavrado por maioria, também no âmbito da eg. *Terceira Turma* do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento acerca da possibilidade da supressão das garantias reais e fidejussórias foi aplicado de forma ainda mais contundente. O precedente possui a seguinte ementa:

Recurso especial. *Controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado* pela assembléia geral de credores. Possibilidade, em tese. Previsão de *supressão das garantias fidejussórias e reais* no plano de recuperação judicial devidamente aprovado pela assembléia geral de credores. *Vinculação, por conseguinte, da devedora e de todos os credores, indistintamente*. Recurso especial provido.

1. *Afigura-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembléia geral de credores. A atribuição de cada qual não se confunde. À assembléia geral de credores compete analisar, a um só tempo, a viabilidade econômica da empresa, assim como da consecução da proposta apresentada. Ao Poder Judiciário, por sua vez, incumbe velar pela validade das manifestações expendidas, e, naturalmente, preservar os efeitos legais das normas que se revelarem cogentes.*

2. *A extinção das obrigações, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutive, por expressa disposição legal, "os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas" (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).*

2.1 *Em regra, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.*

2.2 *Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se insere as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).*

3. *Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembléia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.*

3.1 Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.

4. *Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.*

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.532.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/09/2016, DJe de 10/10/2016)

Votaram com o Relator, os *Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino*. O *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva* declarou impedimento e o *Ministro João Otávio de Noronha* votou vencido.

O Relator, eminente *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, em síntese, fundamentou seu voto na interpretação dos arts. 49, § 2º, e 50, § 1º, da Lei 11.101/2005, adotando a doutrina de **Fábio Ulhoa Coelho**, afirmando que, “*conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se insere as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso*” (fl. 13 do acórdão).

Os dispositivos legais possuem a seguinte redação:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º *As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.*

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

.....

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

Dessa maneira, conclui que, “ainda que determinado credor tenha optado por não comparecer à deliberação assemblear; ou, presente, se absteve de votar ou se posicionado em contrariedade, total ou parcialmente, à aprovação do plano, seus termos o subordinam, necessariamente. Compreensão diversa, por óbvio, teria o condão de inviabilizar a consecução do plano, o que refoge dos propósitos do instituto da recuperação judicial” (fl. 15 do acórdão).

De outra banda, em seu voto divergente, que ora se destaca, por oportuno, o eminente *Ministro João Otávio de Noronha* defende, também em apertada síntese, que “admitir que a assembleia geral de credores possa deliberar sobre a supressão ou substituição de garantias reais, desvinculada de qualquer meio de recuperação judicial, ou seja, sem que isso tenha reflexo no interesse dos credores, mas tão somente nos interesses próprios da empresa e de seus sócios, é atribuir-lhe um poder que a própria legislação restringiu, o que entendo não ser possível” (fl. 27 do acórdão). Arrimado no escólio de **Melhim Namem Chalhub**, concluiu que “decorre do direito de sequela a possibilidade de a assembleia geral de credores deliberar sobre a venda de bem gravado com garantia real, tendo em vista que ao credor é dado o direito de seguir o bem, pouco importando que ele venha a ser alienado por ato inter vivos ou mortis causa” (fl. 28 do acórdão).

Os Banco do Brasil S/A, Banco Santander S/A e Banco Industrial e Comercial S/A opuseram embargos de declaração que foram rejeitados.

Na ocasião do julgamento dos embargos de declaração, o eminente *Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva* apresentou voto-vista divergente, no sentido de que a supressão das garantias não poderia ser estendida a credores que não compareceram à assembleia ou aos que, presentes, abstiveram-se de votar ou dela discordaram.

Em outra oportunidade, a eg. Terceira Turma novamente se debruçou sobre o tema, no julgamento do *Recurso Especial n. 1.700.487/MT*, de relatoria do eminente *Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva*, que apresentou voto, ao final vencido, sustentando que a supressão das garantias não poderia ser estendida a credores que com ela não assentiram expressamente.

A relatoria para o acórdão ficou com o eminente *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, que apresentara o primeiro voto divergente, ficando o julgado assim ementado:

Recurso especial. Plano de recuperação. 1. Delimitação da controvérsia. 2. Tratamento diferenciado. Credores da mesma classe. Possibilidade. Parâmetros. 3. Convocação da recuperação em falência. Convocação de assembleia de credores. Desnecessidade. 4. Previsão de supressão das garantias reais e fidejussórias devidamente aprovada pela assembleia geral de credores. Vinculação da devedora e de todos os credores, indistintamente. 5. Recurso especial parcialmente provido.

1. Cinge-se a controvérsia a definir: a) se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; b) se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convocação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial; c) *se a supressão das garantias real e fidejussória estampada expressamente no plano de recuperação judicial, aprovada em assembleia geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe ou apenas aqueles que votaram favoravelmente à supressão.*

Por unanimidade de votos.

2. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem em verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

3. O devedor pode propor, quando antever dificuldades no cumprimento do plano de recuperação, alterações em suas cláusulas, as quais serão submetidas ao crivo dos credores. Uma vez descumpridas as obrigações estipuladas no plano e requerida a convocação da recuperação em falência, não pode a recuperanda submeter aos credores decisão que complete exclusivamente ao juízo da recuperação.

Por maioria de votos.

4. *Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes, o que importa na vinculação de todos os credores, indistintamente.*

4.1 *Em regra (e no silêncio do plano de recuperação judicial), a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.*

4.2 *Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).*

4.3. Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.

4.4 *Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembléia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.*

4.5 *No particular, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.*

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.700.487/MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/04/2019, DJe de 26/04/2019)

Votaram com o *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, os *Ministros Moura Ribeiro (Presidente)* e *Paulo de Tarso Sanseverino*. Ficaram vencidos os *Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva* e *Nancy Andrighi*.

O Relator originário do assinalado *REsp 1.700.487/MT*, o *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, em seu voto-vencido, apresentou valiosos e expressivos fundamentos *em sentido contrário à supressão das garantias reais*, que são, na sequência, incorporados pelo presente voto, como motivação.

Inicialmente, destacou que, em regra: a) a deliberação da assembleia de credores é *soberana*; b) ao Judiciário é permitindo apenas o *controle de legalidade*

do plano de recuperação; c) não há vedação expressa na Lei 11.101/2005 à concessão de *tratamento diferenciado entre os credores* de uma mesma classe, desde que, para isso, seja estabelecido um *critério objetivo*, abrangendo credores com interesses homogêneos, proibindo-se a estipulação de descontos que impliquem verdadeira *anulação de direitos* de credores isolados ou minoritários; e d) para se manter a *legalidade* do ato, deve-se evitar que credores isolados, com realidades específicas, tenham seu *direito de crédito aviltado* com a criação de subclasses (nas fls. 8 a 11 do acórdão) - grifos nossos.

No particular, defendeu que o acórdão recorrido no especial deve ser reformado, pois, no caso, “*a discriminação entre credores da mesma classe não está assentada em critérios objetivos passíveis de controle pelos demais credores, além de haver tratamento desproporcional da minoria, conclui-se que a cláusula em debate é nula*” (na fl. 12), ensejando o *controle da legalidade* pelo Poder Judiciário (grifei, na fl. 9 do acórdão).

Prosseguindo, estabelece ser a *novação* prevista na Lei 11.101/2005 “*sui generis*”, não atingindo as garantias prestadas por terceiros, os coobrigados, os fiadores, os obrigados de regresso e os avalistas, dada a autonomia do aval.

Aduz que a fiança, o aval e o direito de regresso são passíveis de transação entre as partes e que, *portanto, é válida a renúncia do credor que comparece à assembleia e vota favoravelmente à extensão da novação aos coobrigados, mas que, todavia, quando inexistente manifestação dos titulares dos créditos garantidos com relação à supressão dessas garantias, a deliberação assemblear nesse sentido não se estende a eles (art. 49, § 1º, da Lei 11.101/2005), pois, nos termos do artigo 361 do Código Civil, a novação depende da constatação do inequívoco “animus novandi”, não sendo possível “estender a novação ao titular da garantia que não acordou expressamente com a proposta”* (fls. 14 a 15 do acórdão).

No capítulo, conclui que:

a) “*o artigo 49, § 2º, da Lei n. 11.101/2005, ao mencionar que as obrigações observarão as condições originalmente contratadas, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano, está se referindo a deságios, a prazos e encargos e não a garantias, já que o § 1º do mesmo artigo é que trata especificamente do tema*”;

b) “*assim, o plano pode estabelecer prazos estendidos de pagamento, parcelamento dos créditos, deságios e alterar as taxas de juros, por exemplo, mas não suprimir garantias sem autorização do titular*” (fl. 15 do acórdão);

c) “em relação às garantias reais, a lei de regência é clara ao estabelecer, no artigo 50, § 1º, que, ‘na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia’, portanto, quanto ao ponto, não sobeja dúvida acerca da imprescindibilidade de anuência do titular da garantia real para a hipótese de sua supressão” (na fl. 16 do acórdão);

d) “a conclusão que melhor equaciona o binômio ‘preservação da empresa viável x preservação das garantias’ é a de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oportuna aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição” (na fl. 17).

Outrossim, conforme mencionado, no julgamento do *REsp 1.700.487/MT*, a eminente *Ministra Nancy Andrighi*, também proferiu voto-vista, cujos fundamentos são igualmente integrados às razões de decidir do presente voto e, mais à frente, destacados.

Como se vê, não obstante a eg. Terceira Turma desta Corte tenha, por maioria, adotado o referido entendimento, a matéria ainda não está devidamente pacificada no âmbito da eg. Segunda Seção desta Corte.

Deveras, no presente julgamento conjunto deste especial, de relatoria do em. *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, e do Recurso Especial de n. 1.885.536/SP, da relatoria do em. *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, ambos perante a eg. Segunda Seção, os ilustres Relatores apresentam votos em sentidos opostos, nos mesmos moldes, em essência, daqueles já apresentados nos julgamentos perante a eg. Terceira Turma, anteriormente referidos.

Então, rogando todas as vênias aos que adotam tese diversa, entendo que a *supressão de garantias reais e fidejussórias decididas em assembleia-geral de credores de sociedade empresária submetida a regime de recuperação judicial, não pode ser estendida aos credores ausentes ou divergentes na votação.*

Com efeito, a Lei 11.101/2005, nos arts. 49, §§ 1º e 3º, e 50, § 1º, é expressa ao dispor que a alienação de bem objeto de garantia real, a supressão de garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. E essas disposições foram recentemente reforçados pela inclusão do art. 6º-C no diploma. Confira-se:

Art. 6º-C. É vedada atribuição de responsabilidade a terceiros em decorrência do mero inadimplemento de obrigações do devedor falido ou em recuperação

judicial, *ressalvadas as garantias reais e fidejussórias*, bem como as demais hipóteses reguladas por esta Lei.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

.....
Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

.....
§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Portanto, a Lei de Recuperações Judiciais e Falências assenta que a novação *sui generis* (cf. *REsp n. 1.333.349/SP*) nela estabelecida não acarreta prejuízo às garantias reais e fidejussórias, porquanto a supressão ou a substituição delas somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. A propósito, verifique-se também o art. 59, *caput*, da assinalada Lei:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

É certo, porém, que o art. 49, § 2º, anteriormente transcrito, estatui que “*as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial*”. Todavia, essa parte final da norma há de ser interpretada em harmonia com a regra do artigo 50, § 1º, da mesma Lei, a qual, seguindo o *critério da especialidade*, trata de modo específico e inequívoco acerca da subordinação da deliberação assemblear de supressão ou substituição da garantia à concordância *expressa* do credor titular da respectiva garantia.

Essa circunstância foi muito bem esclarecida pela ilustrada *Ministra Nancy Andrigli*, em voto-vista proferido no julgamento do *Recurso Especial n. 1.700.487/MT*. Confira-se:

De se gizar, outrossim, conforme bem assinalado pelo e. Relator, que no permissivo constante da norma do art. 49, § 2º, da LFRE não se inserem as garantias ajustadas. Eis o teor desse dispositivo:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial. [...]

As regras de hermenêutica não autorizam concluir que a previsão legal de que o plano de soerguimento possa dispor de modo diverso sobre as condições das obrigações originalmente contratadas seja estendida às garantias pactuadas.

Isso porque a norma que confere aos credores o direito de manutenção de seus direitos e privilégios em face de coobrigados, fiadores e obrigados de regresso está aposta no parágrafo imediatamente anterior do mesmo dispositivo legal, de modo que seu substrato fático não pode, por imperativo lógico, ser abarcado pela regra do parágrafo subsequente.

Rogando vênias àqueles que entendam de modo diverso, a interpretação deve ser feita da seguinte forma:

I. o caput do art. 49 cria a *norma geral*: todos os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial;

II. o § 1º *excepciona* essa regra: *as garantias* contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso tituladas por credores da recuperanda *não podem ser atingidas* pela recuperação judicial;

III. o § 2º traz outra *exceção*: *as condições originalmente previstas* (valores, prazos, encargos) para cumprimento das obrigações anteriores ao pedido – ***ressalvadas as garantias, pois já excluídas da recuperação pelo dispositivo precedente*** – podem ser modificadas pelo plano de soerguimento.

Realmente, é exatamente nesse sentido o teor da *Sumula 581/STJ*, que afirma: “*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.*”

A propósito, confira-se a ementa do seguinte recurso repetitivo, um dos precedentes que deram origem à *Súmula 581/STJ*:

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Direito Empresarial e Civil. Recuperação judicial. Processamento e concessão. Garantias prestadas por terceiros. Manutenção. Suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral. Impossibilidade. Interpretação dos arts. 6º, *caput*, 49, § 1º, 52, inciso III, e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: “*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005.*”

2. Recurso especial não provido.

(REsp 1.333.349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe de 02/02/2015)

Noutra quadra, é de se destacar o aspecto de externalidade, ou seja, consequential da decisão a ser adotada nesta questão. Sob a ótica do mercado, é evidente que a supressão de garantias reais e fidejussórias contra a vontade dos credores dissidentes traria evidente insegurança jurídica e profundo abalo ao mercado de crédito, mercado essencial para o financiamento do setor produtivo da economia, fornecedor de imprescindível apoio à continuidade e expansão das atividades das sociedades empresárias saudáveis, assim como para o saneamento financeiro e revitalização das próprias sociedades em recuperação judicial.

De fato, enquanto se perceberem dotados de garantias sólidas quanto ao retorno de seus aportes e investimentos, os financiadores da atividade produtiva, integrantes do mercado financeiro, fornecedores de insumos ou de bens de capital, sentirão segurança em disponibilizar às empresas tomadoras capital mais barato, com condições mais favoráveis e prazos mais longos, o que, até mesmo, contribui para a atração de investidores e capitais estrangeiros, cuja falta é sentida na economia nacional.

Ao contrário, o desprestígio das garantias será danoso para toda a atividade econômica do país, trazendo insegurança jurídica e econômica, com a elevação dos juros e do *spread* bancário, especialmente para aqueles submetidos ao regime de recuperação judicial.

Esse enorme obstáculo, que não há de passar despercebido, foi muito bem exposto pelo *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva* no seu já destacado voto proferido no *REsp 1.700.487/MT*, da seguinte maneira:

Com efeito, é inegável que a segurança jurídica proporcionada pelas garantias em geral tem um grande reflexo no setor econômico do país, visto que o credor, confiante no retorno de seus investimentos, tende a disponibilizar capital mais barato e, como consequência, o número de empréstimos aumenta, proporcionando um fortalecimento na segurança econômica do país, atraindo mais investidores.

O cenário de incerteza quanto ao recebimento do crédito em decorrência do enfraquecimento das garantias é desastroso para a economia do país, pois gera o encarecimento e a retração da concessão de crédito, o aumento do *spread* bancário, a redução da circulação de riqueza, provoca a desconfiança dos aplicadores de capitais, nacionais estrangeiros, além de ser nitidamente conflitante com o espírito da Lei n. 11.101/2005.

Nesse sentido, **Frederico Augusto Monte Simionato** assevera que:

(...) não existe comércio sem segurança jurídica e crédito. O crédito, por seu turno, requer a segurança no seu recebimento. Por isso, quanto mais tormentoso for o processo de recuperação de crédito, mais este se torna oneroso e de difícil alcance para o empresário. Sem crédito não existe comércio.

Sem crédito não existe recuperação judicial. O que decorre de tudo isto é que se o empresário que apresentou o pedido de recuperação ficar sem possibilidade de obtenção de crédito seria mais oportuno que este sujeito apresentasse o requerimento de falência própria, e não de recuperação.

(*SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 201*) (fls. 16/17 do acórdão).

Em adição aos judiciosos argumentos já externados pelos eminentes *Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrigbi*, é de se lembrar que a dificuldade de financiamento para os empresários submetidos à recuperação judicial, no concernente à concessão de crédito, a prazos para amortização de empréstimos, à taxas de juros, à garantias e outras condições, mereceu recente atenção do legislador pátrio alterando a legislação específica, a Lei 11.101/2005, pelo advento da Lei 14.112/2020, atendendo a valiosas recomendações de toda a comunidade jurídica e empresarial envolvida no processo de modernização do microsistema de recuperação judicial.

No ponto, o financiamento da sociedade em recuperação judicial é tão vital para o sucesso e fortalecimento da atividade produtiva no País, que a Lei 14.112/2020, ao modificar a Lei 11.101/2005, concebeu modalidade específica de financiamento aos recuperandos, introduzindo no Direito Pátrio os institutos do “*Dip (debtor-in-possession) Finance*” e do “*Credor Parceiro*”. De fato, a nova redação do parágrafo único do art. 67 da Lei 11.101/2005, prestigia o chamado “Credor Parceiro” ou “Credor Estratégico”, que é aquele que recebe vantagens e privilégios caso continue a fornecer insumos, mercadorias, créditos ou que adquira papéis e debêntures da recuperanda.

A preservação da atividade produtiva, um dos principais objetivos da recuperação judicial, necessita, assim como o enfermo de oxigênio, da continuidade da cadeia de fornecimento de insumos, mercadorias e crédito. Em troca, se deve assegurar condições diferenciadas de pagamento e de garantias a tais credores e fornecedores, essenciais à continuidade da atividade produtiva, atribuindo-lhes a natureza de parceiros essenciais.

As assinaladas vantagens e privilégios podem compreender melhores condições para recebimento dos créditos, menores deságios do que aqueles impostos aos demais credores, ou mesmo, tudo *ad exemplum*, a redução das parcelas de resgate do crédito. A permissão legal para essas negociações acarreta significativa melhora nos relacionamentos no ambiente empresarial.

A propósito, confira-se a nova redação do parágrafo único do art. 67 da Lei 11.101/2005, que traz alvissareira novidade:

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura.

Na mesma esteira, outra essencial inovação foi inserida na Lei 11.101/2005, pela Lei 14.112/2020, com os arts. 69-A e seguintes. Trata-se do instituto, de comum aplicação no direito estadunidense, do “*Dip (debtor-in-possession) Finance*”, o que revela a hercúlea preocupação do legislador com a continuidade do fluxo de caixa e de novos financiamentos (*Fresh Money*) para a recuperação judicial.

Segundo a doutrina mais especializada e moderna da matéria, como a de **Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser Melo**, “*nesta modalidade de financiamento, a recuperanda mantém a posse e controle dos bens ou direitos dados em garantia, para que a empresa possa se manter operante. Com isso, é possível suprir a falta de fluxo de caixa para cobrir as despesas operacionais, de reestruturação e de preservação do valor dos ativos*” (COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Editora Juruá, Curitiba, 2021. Pág. 193).

Assim, o *Dip Finance* permite que o juiz, eventualmente, depois de ouvir o comitê de credores, caso constituído, autorize a contratação de novos financiamentos pela recuperanda, que sejam garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, próprios (pertencentes ao ativo não circulante do devedor) ou de terceiros, desde que o “dinheiro novo” (*Fresh Money*) seja utilizado para financiar as atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos da recuperanda.

Nessa esteira de raciocínio, verifique-se a redação dos arts. 69-A a 69-F da Lei 11.101/2005, incluídos pela Lei 14.112/2020:

Art. 69-A. Durante a recuperação judicial, nos termos dos arts. 66 e 67 desta Lei, o juiz poderá, depois de ouvido o Comitê de Credores, autorizar a celebração de contratos de financiamento com o devedor, garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante, para financiar as suas atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos.

Art. 69-B. A modificação em grau de recurso da decisão autorizativa da contratação do financiamento não pode alterar sua natureza extraconcursal, nos termos do art. 84 desta Lei, nem as garantias outorgadas pelo devedor em favor do financiador de boa-fé, caso o desembolso dos recursos já tenha sido efetivado.

Art. 69-C. O juiz poderá autorizar a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, dispensando a anuência do detentor da garantia original.

§ 1º A garantia subordinada, em qualquer hipótese, ficará limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia original.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica a qualquer modalidade de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária.

Art. 69-D. Caso a recuperação judicial seja convolada em falência antes da liberação integral dos valores de que trata esta Seção, o contrato de financiamento será considerado automaticamente rescindido.

Parágrafo único. As garantias constituídas e as preferências serão conservadas até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor antes da data da sentença que convolar a recuperação judicial em falência.

Art. 69-E. O financiamento de que trata esta Seção poderá ser realizado por qualquer pessoa, inclusive credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor.

Art. 69-F. Qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento de que trata esta Seção mediante a oneração ou a alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes do seu grupo, estejam ou não em recuperação judicial.

Desse modo, pode-se concluir que a manutenção das garantias reais e fidejussórias em favor do credor dissidente é pilar da economia de mercado, assentada na ponderação de oportunidade e risco feita pelo financiador da atividade produtiva, seja na época de fartura, seja em momento de dificuldade. Outrossim, os institutos do *Dip Finance* e do Credor Parceiro são a viga mestra (chão da fábrica) da recuperação judicial, sem quebra das garantias dos investidores e sem abalo do mercado de crédito.

De outro modo, a extensão da supressão das garantias reais ao credor discordante impacta negativamente o ambiente econômico/empresarial, especialmente os mercados de crédito de fornecimento de insumos e mercadorias, que, junto à força de trabalho, representam os elementos mínimos para a continuidade da atividade produtiva, um dos princípios fundantes do processo de recuperação judicial.

Desse modo, com a devida vênia, o abalo dessas garantias por decisão judicial trabalhará em desfavor, e não a favor, da recuperação judicial e da economia nacional, anulando os efeitos positivos esperados em decorrência da recente reforma legislativa.

Nessa mesma linha, destaca-se a preciosa lição doutrinária de **Daniel Carnio Costa e Alexandre Correa Nasser de Melo**, preconizando que:

Se a legislação não for capaz de promover a recuperação das empresas viáveis ou a eficiente liquidação das inviáveis, o risco de inadimplência e, conseqüentemente, de insolvência é aumentado. *Isso se reflete nas taxas de juros e custo do crédito.*

Por isso, a Lei 11.101/2005, além de buscar maior celeridade dos processos de insolvência, se desenvolveu no sentido de superação do dualismo pendular que privilegiava ora credores, ora devedores, objetivando um equilíbrio entre os polos, pois o que se pretende é a proteção jurídica do mercado.

Nesse sentido, **Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos** afirmam:

A pujança da economia de um país depende, fundamentalmente, da atividade empresarial – cujo oxigênio é a concessão do «crédito». Por isso, a regra é uma máxima da *lex mercatoris*, no sentido de que, quanto menor o risco, maior o crédito e o volume de negócios, com taxas baseadas no perigo global. *Em caso de crise do tomador do empréstimo, com superveniente impetração de recuperação judicial ou mesmo falência, a instituição financeira quer ver garantido seu crédito, diminuindo o risco de perda total dos recursos. [...] cabe ao Estado fomentar o crescimento econômico, com políticas públicas de investimentos, de modo a incentivar a aplicação de recursos financeiros, a custo menor, nas atividades produtivas.* (2019, p. 37)

Para facilitar o acesso ao crédito, reduzindo o spread bancário, a Lei 11.101/2005 trouxe dispositivos para reduzir os riscos suportados pelas instituições financeiras. Segundo Scalzilli et al. (2018), é possível verificar, em vários dispositivos da Lei, regras que criam direitos especiais para as instituições financeiras, tutelando relações negociais fundadas em contratos tipicamente bancários, como a alienação fiduciária em garantia, o arrendamento mercantil, o adiantamento de contrato de câmbio, entre outros. *Também foram inseridos os titulares de garantias reais – cujos principais destinatários são os credores bancários – em uma classe própria, com poderes para deliberar sobre o plano de recuperação judicial proposto pelo devedor, com a prerrogativa de veto.* Entretanto, na opinião de vários doutrinadores, mesmo após 15 anos da promulgação da Lei, ainda não é possível concluir que, de fato, esses direitos especiais para instituições financeiras tenham resultado na redução do custo do crédito no Brasil.

(...)

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 131), em contraponto, acredita que os dispositivos que excluem dos efeitos da recuperação judicial os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras, contribuem para um ambiente mais propício ao desenvolvimento econômico e, por isso, atendem ao interesse público.

Fato é que, apesar dos esforços legislativos, o custo do crédito no Brasil ainda é muito elevado, o que dificulta o crescimento econômico do país. (COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser De. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, art. 1 «in» *JuruáDocs* n. 201.1030.5786.4855. Disponível em: <www.juruadocs.com>. Acesso em: 26/04/2021).

Ante o exposto, com a devida vênia dos entendimentos divergentes, acompanho integralmente o voto do eminente *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, para assentar que a supressão das garantias, reais e fidejussórias, expressamente prevista no plano de recuperação judicial e aprovada em assembleia-geral de credores, não alcança os direitos dos credores da mesma classe que não tenham concordado com a supressão ou que não tenham comparecido ao ato de deliberação acerca da supressão, vinculando apenas os credores que tenham concordado expressamente.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sra. Presidente, inicialmente eu pediria licença para saudar os advogados pelas sustentações orais e parabenizar os Colegas que me antecederam pelo brilho dos votos, praticamente esgotando a matéria.

Já adianto o meu voto no sentido de acompanhar integralmente o voto divergente, neste processo, do Ministro Bellizze, mantendo a posição que tem esposado na Terceira Turma desde 2014, do REsp n. 1.388.948.

Na nossa Segunda Seção, temos, por uma coincidência, sete ministros que são oriundos da magistratura estadual e tiveram a oportunidade de trabalhar na antiga Lei de Falências e Concordatas, o Decreto-Lei n. 7.661/45.

Uma das principais inovações que tivemos com o advento da Lei n. 11.101/2005, e que não foi alterada pela reforma de 2020, foi a valorização da soberania da assembleia geral de credores e a restrição dos poderes do juiz

presidente do processo recuperacional, que era a antiga concordata. Valoriza-se claramente o princípio democrático majoritário, como foi colocado no voto do Ministro Bellizze, tendo o legislador a preocupação de fixar, nos art. 41 e 45, um quórum rigoroso para a aprovação dos planos de recuperação nas várias classes de credores.

O controle judicial foi restringido, ficando limitado a eventuais ilegalidades do plano aprovado pela assembleia geral de credores e o juiz não pode interferir no mérito do plano de recuperação para analisar a sua viabilidade econômico-financeira, como é a jurisprudência dominante desta Corte.

No caso, a polêmica está situada na extensão da validade e eficácia da cláusula do plano que suprime as garantias reais e fidejussórias. Como não há invalidade ou ilegalidade na cláusula, como ficou bem demonstrado no voto do Ministro Bellizze, desloca-se a questão para o plano da eficácia e, nesse plano, não tenho dúvida que se deve valorizar o princípio democrático, o princípio majoritário, que é um dos grandes fundamentos que nortearam a reforma de 2005 e instituídos por meio da Lei n. 11.101.

Por isso, não vou me alongar, com a mais respeitosa vênua ao eminente Relator e a todos aqueles que o acompanharam, acompanho integralmente o voto do Ministro de Bellizze, que exaustivamente analisou todas as questões que se faziam necessárias à respeito do sistema da Lei de Recuperação Judicial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.818.564-DF (2019/0163526-7)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Não Consta

Interes.: Valmir Martins de Souza

Advogado: Ricardo de Carvalho Guedes - DF008892

Interes.: Defensoria Pública da União - "Amicus Curiae"

Interes.: Associação dos Notários e Registradores do Distrito Federal
ANOREG DF - "Amicus Curiae"

Advogado: Renato Oliveira Ramos - DF020562

Interes.: Governo do Distrito Federal

Procurador: Lucas Aires Bento Graf - DF001242A

EMENTA

Recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de IRDR. Usucapião extraordinária. Bem imóvel urbano. Área integrante de loteamento irregular. Setor Tradicional de Planaltina. Prescrição aquisitiva. Forma originária de aquisição de propriedade. Possibilidade de registro. O reconhecimento do domínio do imóvel não interfere na dimensão urbanística do uso da propriedade. Interesse de agir configurado. Recurso desprovido.

1. As disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016.

2. A possibilidade de registro da sentença declaratória da usucapião não é pressuposto ao reconhecimento do direito material em testilha, o qual se funda, essencialmente, na posse *ad usucapionem* e no decurso do tempo.

3. A prescrição aquisitiva é forma originária de aquisição da propriedade e a sentença judicial que a reconhece tem natureza eminentemente declaratória, mas também com carga constitutiva.

4. Não se deve confundir o direito de propriedade declarado pela sentença proferida na ação de usucapião (dimensão jurídica) com a certificação e publicidade que emerge do registro (dimensão registrária) ou com a regularidade urbanística da ocupação levada a efeito (dimensão urbanística).

5. O reconhecimento da usucapião não impede a implementação de políticas públicas de desenvolvimento urbano. Muito ao revés, constitui, em várias hipóteses, o primeiro passo para restabelecer a regularidade da urbanização.

6. Impossível extinguir prematuramente as ações de usucapião relativas aos imóveis situados no Setor Tradicional de Planaltina com

fundamento no art. 485, VI, do NCPC em razão de uma suposta ausência de interesse de agir ou falta de condição de procedibilidade da ação.

7. Recurso especial não provido, mantida a tese jurídica fixada no acórdão recorrido: *É cabível a aquisição de imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, por usucapião, ainda que pendente o processo de regularização urbanística.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 09 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 3.8.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Na origem, o Juízo da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal propôs Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) tendo em vista centenas de ações de usucapião ajuizadas por moradores do Setor Tradicional de Planaltina-DF, as quais não estariam recebendo, segundo Sua Excelência, solução uniforme por parte da Justiça do Distrito Federal.

De acordo com o magistrado, os imóveis em questão, embora situados em área particular, não têm matrícula individual nos cartórios de registros imobiliários, pois o parcelamento de fato levado a efeito na localidade ocorreu há mais de cinquenta anos e ainda não foi regularizado pelo Poder Público.

Afirmou que, em todas essas demandas, o Ministério Público do Distrito Federal e o próprio Distrito Federal têm alegado ser impossível declarar a usucapião, porque isso representaria uma usurpação da função de planejamento e regularização urbanística da Administração.

Para o magistrado, todavia, a usucapião é forma originária de aquisição da propriedade e, dessa maneira, poderia ser declarada independentemente da prévia existência de matrícula ou registro no Cartório de Registro de Imóveis.

O reconhecimento da prescrição aquisitiva constituiria, nesses termos, um pressuposto do registro imobiliário, e não o contrário.

Como corolário dessa compreensão, referido registro poderia ser providenciado em momento posterior pelos respectivos proprietários, mediante atendimento das exigências administrativas cabíveis (e-STJ, fls. 2/11).

O incidente foi distribuído sob o n. 0048736-24.2016.807.0000 e admitido pelo TJDFT (e-STJ, fls. 415/485) com determinação de suspensão de todos os processos pendentes relativos ao mesmo tema (e-STJ, fl. 114).

Em seguida, o Distrito Federal se manifestou nos autos, alegando que as ações judiciais em pauta buscariam, por via reflexa, obter a regularização e o registro imobiliário de frações ideais de terra de forma contrária ao que estabelecido no art. 314 da Lei de Orgânica do Distrito Federal. Acrescentou que a constituição dos registros imobiliários pretendidos iria atrapalhar o andamento do processo administrativo de regularização em curso e que o sistema jurídico não admitiria o fracionamento, loteamento ou desmembramento de imóvel por meio de usucapião. Destacou, nesse sentido, a necessidade de registro do memorial de loteamento e também de atendimento às exigências previstas nos arts. 6º, 10, 12 e 37 da Lei n. 6.766/79. Ressaltou que, segundo o art. 182 da CF, o parcelamento de solo urbano deve atender às exigências do Plano Diretor. Além disso, a transcrição das sentenças de usucapião, nos termos da Lei n. 6.015/72, somente poderia ocorrer após a individualização do imóvel mediante constituição de uma matrícula independente (e-STJ, fls. 489/503).

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em seu parecer, também concluiu pela impossibilidade de se usucapir área desprovida de registro imobiliário tendo em vista os arts. 314 a 325 da Lei Orgânica do Distrito Federal, que tratam da propriedade urbana, e também as disposições da Lei n. 6.766/79 sobre parcelamento de solo urbano (e-STJ, fls. 505/524).

A Administração Regional de Planaltina se manifestou nos autos, informando que tem condições de expedir certidão de regularização para os imóveis localizados no Setor Tradicional de Planaltina. O que já vem sendo feito quando solicitado (e-STJ, fl. 587). Esclareceu que referida certidão não cuida de assuntos relativos a propriedade ou posse, mas apenas informa o endereço correto do imóvel, sua área, as medidas lineares, os imóveis vizinhos e, bem assim, as confrontações (e-STJ, fl. 607/609).

O TJDF, por maioria, julgou procedente o IRDR. Ressaltou que os imóveis estão localizados em áreas particulares, registradas em cartórios de Registro de Imóveis do Distrito Federal e de Goiás, situadas praticamente no centro de Planaltina - DF, desfrutando de estrutura urbana consolidada há vários anos, com iluminação pública, esgotamento sanitário, vias de circulação, sistema de escoamento de águas pluviais, etc. Assinalou que esses imóveis são perfeitamente individualizáveis, conforme reconhecido pela própria Administração Regional de Planaltina-DF e, finalmente, que a admissão dessas ações de usucapião, não impede a implementação de políticas de desenvolvimento urbano.

O acórdão ficou assim ementado:

Direito Processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. Mérito. Ação de usucapião. Imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF. Possibilidade. Fixação de tese jurídica para uniformização de jurisprudência.

1. Diante da necessidade de se promover a unificação do entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, quanto ao cabimento de Ação de Usucapião para o reconhecimento de domínio sobre os imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, em razão da grande quantidade de demandas envolvendo o tema, bem como para assegurar o tratamento isonômico e a segurança jurídica, impõe-se estabelecer a tese jurídica a seguir disposta.

2. *É cabível a aquisição de imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, por usucapião, ainda que pendente o processo de regularização urbanística.*

3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas provido.

Fixada a tese jurídica para fins de uniformização de jurisprudência (e-STJ, fl. 632 – sem destaque no original).

Irresignado, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpôs Recurso Especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, alegando ofensa

aos arts. 485, IV, do NCPC, 1.238 do CC/02 e 176 da Lei n. 6.015/73. Segundo o *Parquet*, a indivisibilidade do registro imobiliário, ocasionada pela falta de regularização do loteamento, constitui empecilho ao reconhecimento da usucapião, pois a sentença, mesmo que favorável, não poderá ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis. A usucapião, nessa medida, somente poderia ser alegada pelos moradores como matéria de defesa indireta em caso de eventual ação reivindicatória proposta contra eles. As razões recursais ainda ressaltaram que o acórdão recorrido poderá criar mais dificuldades para o tumultuado processo de regularização fundiária urbana no Distrito Federal, onde se multiplicam os casos de loteamento irregular decorrentes de práticas criminosas (e-STJ, fls. 690/703).

O Recurso Especial foi admitido pelo Presidente do TJDFT (e-STJ, fls. 709/710), tendo o Ministério Público Federal se manifestado pela sujeição do processo ao rito dos arts. 1.036 do NCPC, 256 e 256-B do RISTJ (e-STJ, fls. 726/728). Em seguida, o Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, formulou juízo preliminar positivo quanto aos requisitos formais de admissibilidade, consoante previsto no art. 256-H do RISTJ (e-STJ, fls. 730/733).

Em julgamento virtual, a Segunda Seção, por maioria, concluiu pela afetação do recurso em acórdão assim ementado:

Proposta de afetação. Recurso especial interposto contra acórdão proferido no julgamento de IRDR. Rito dos recursos especiais repetitivos. Ação de usucapião de bem imóvel. Requisitos de procedibilidade. Ausência de matrícula individual. Loteamento não autorizado. Omissão do poder público.

1. Delimitação da controvérsia: ***Cabimento de ação de usucapião tendo por objeto imóvel particular desprovido de registro, situado no Setor Tradicional de Planaltina-DF e inserido em loteamento que, embora consolidado há décadas, não foi autorizado nem regularizado pela Administração do Distrito Federal.***

2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 NCPC, com suspensão dos processos pendentes (e-STJ, fl. 740).

O Ministro *Villas Boas Cueva*, acompanhado pelo Ministro *Raul Araújo*, proferiu voto vencido, negando conhecimento ao recurso especial. Entendeu sua Excelência que o IRDR instaurado na origem não estava vinculado a nenhum processo e que essa irregularidade no processamento do Incidente impediria o conhecimento do recurso especial. Além disso, a alegação de ofensa à legislação federal formulada nesta irresignação teria se apresentado de forma genérica o que atrairia a incidência da Súmula n. 284 do STF (e-STJ, fls. 750/757).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 741/749).

A Defensoria Pública da União (DPU) foi admitida como *amicus curiae* (e-STJ, fl. 779) e se manifestou pelo cabimento das ações de usucapião em situações como a dos autos. Para tanto, destacou a vulnerabilidade da população brasileira de baixa renda, o direito constitucional à moradia, a inércia do Governo do Distrito Federal em promover a regularização da área e a idade do parcelamento urbano. Ressaltou, da mesma forma, o art. 10 da Lei n. 10.257/2001, que permite a usucapião coletiva em núcleos urbanos informais, a redação do art. 1.238 do CC/02, que não traz nenhuma exigência quanto a regularidade fundiária ou de matrícula individual do imóvel usucapiendo e também a disciplina estabelecida pela Lei n. 13.465/2017, que dispôs sobre a regularização fundiária rural e urbana. Destacou, finalmente, a existência de vários julgados pelo Brasil afora, admitindo a usucapião de imóveis inseridos em áreas irregulares (e-STJ, fls. 816/856).

A Associação dos Notários e Registradores do Distrito Federal (ANOREG - DF) também se manifestou nos autos. Ponderou que, de forma geral, não se poderia admitir a usucapião de imóveis irregulares, seja pela inexistência de matrícula individual do imóvel usucapiendo, seja pela necessidade de se respeitar o interesse público, uma vez que as ocupações irregulares e clandestinas, não atenderiam a função socioambiental da propriedade e, portanto, não induziriam posse *ad usucapionem*. No caso específico dos imóveis situados no Setor Tradicional de Planaltina, todavia, seria admissível a usucapião, porque a área foi loteada pelo Município de Planaltina de Goiás antes mesmo da criação do Distrito Federal e sua conformação atual já se encontra completamente sedimentada e devidamente mapeada pelas autoridades públicas, não havendo dúvidas quanto a dimensão dos lotes e sua localização. Essa circunstância até tem permitido a Administração Regional emitir certidões de regularização aptas a instruir os procedimentos de usucapião em testilha (e-STJ, fls. 858/882).

As tentativas para intimação da *Associação dos Moradores de Planaltina* (AMOPLAN-DF) restaram infrutíferas (e-STJ, fl. 815).

O Distrito Federal se manifestou pela procedência do Recurso Especial, aduzindo que uma ordem judicial para registro dos lotes em questão representaria indevida usurpação de sua competência administrativa para realizar o planejamento e ordenamento urbano do território. Destacou que o acolhimento das pretensões deduzidas em juízo tumultuaria ainda mais

o complexo procedimento de regularização fundiária, atentando, também contra regras de direito registral. Afirmou, finalmente, que antes do registro do loteamento na respectiva serventia imobiliária, as frações do imóvel original não podem ser caracterizadas como bens imóveis edificáveis (e-STJ, fls. 912/926).

É o relatório.

VOTO

Preliminar de cabimento da afetação

Por ocasião do julgamento virtual da proposta de afetação do presente recurso, o Ministro *Villas Boas Cueva*, acompanhado pelo Ministro *Raul Araújo*, proferiu voto vencido, negando conhecimento ao recurso especial. De acordo com Sua Excelência, como o IRDR instaurado na origem não estava vinculado a nenhum processo, não seria possível conhecer o Especial interposto contra o acórdão proferido no julgamento deste incidente.

Parece-me, no entanto, que o cabimento ou descabimento da presente irresignação constitui questão já superada. Com efeito, o tema foi oportunamente ventilado durante o procedimento para afetação do recurso especial e decidido, não havendo como agita-lo novamente neste momento.

De toda forma, admitindo-se que seja possível ultrapassar a preclusão e mais uma vez examinar a preliminar de cabimento em testilha, penso que ela deve ser novamente rejeitada.

É que a exigência ou não de o IRDR ser instaurado incidentalmente em um caso concreto representa uma preliminar de conhecimento do próprio IRDR e não do Recurso Especial superveniente.

No caso dos autos, o IRDR instaurado na origem não apenas foi admitido, como efetivamente julgado, sendo certo que o Especial ora sob apreciação foi manejado contra o acórdão que decidiu o próprio mérito daquele incidente.

Portanto, a discussão quanto ao cabimento do IRDR não pode se dar *ex officio* no julgamento do recurso especial interposto.

Não se pode, por exemplo, afirmar que um determinado Recurso Especial é incabível apenas porque manejado contra acórdão proferido no julgamento de uma apelação intempestiva. As questões afetas à admissibilidade de um recurso ou incidente processual dizem respeito exclusivamente àquele recurso ou àquele

incidente processual, e não às impugnações que, por ventura, venham a ser posteriormente oferecidas.

Se o Ministério Público nas razões do apelo nobre, deixou de alegar que o IRDR era incabível por não estar vinculado a um processo específico, não há como examinar essa questão de ofício e neste grau recursal tendo em vista o princípio constitucional da inércia da jurisdição.

Tampouco é possível concluir, com base nessa suposta irregularidade procedimental, afeta exclusivamente ao cabimento do IRDR, que o próprio Recurso Especial interposto seja também incabível.

Do mérito

A discussão posta em causa está relacionada ao cabimento de ações de usucapião que tenham por objeto imóveis desprovidos de registro e situados em loteamento no Setor Tradicional de Planaltina o qual, embora consolidado há décadas, não foi autorizado nem regularizado pela Administração do Distrito Federal.

O Ministério Público do Distrito Federal, autor do Recurso Especial, argumentou, em síntese, que referidas ações deveriam ser extintas por ausência de interesse de agir, porque eventual sentença declaratória de usucapião não poderia ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis. Sob outra perspectiva, o *Parquet* sustentou que seria atribuição exclusiva do Poder Administrativo Distrital promover a regularização fundiária urbana, razão pela qual ficaria inviabilizado o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Possível afirmar, assim, que a questão possui contornos de direito processual e material reciprocamente imbricados, relacionados ao interesse de agir, aos bens suscetíveis de usucapião, e também à natureza e efeitos da sentença declaratória de usucapião.

(1) Do interesse de agir.

Os arts. 550 e 551 do CC/16, com a redação que lhes conferiu a Lei n. 2.437/55, assim estabeleciam a respeito da usucapião extraordinária e ordinária:

Art. 550. Aquele que, por trinta anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa fé, que, em tal caso, se presumem; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a inscrição no registro de imóveis.

Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele quem, por dez anos entre presentes, ou vinte entre ausentes, o possuir como seu, continua e incontestadamente, com justo título e boa fé.

A CF/88 trouxe modalidades diferenciadas de usucapião:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

A Lei n. 10.257/2001, que regulamentou os arts. 182 e 183 da CF/88, conhecida como Estatuto da Cidade, assim estabeleceu no seu art. 10:

Art. 10. *Os núcleos urbanos informais* existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei n. 13.465, de 2017 sem destaque no original)

O CC/02, a seu turno, incorporou as modalidades diferenciadas de usucapião previstas na CF/88 e manteve, com pequenas alterações, as hipóteses tradicionais conhecidas como ordinária e extraordinária.

Anote-se:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquiere-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

(...)

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei n. 12.424, de 2011)

(...)

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

O NCPC modificou a forma de postulação judicial da usucapião. Agora não existe mais um procedimento especial para formular essa pretensão em juízo, devendo o pedido seguir a via ordinária. Apesar disso, os requisitos do direito material mantiveram-se substancialmente inalterados. O fundamento desse instituto continuou a ser a posse *ad usucapionem* por um determinado período de tempo e, em alguns casos, a existência de justo título e de boa fé.

Nesse sentido, a lição de FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO:

Os requisitos para o usucapião extraordinário continuam os mesmos e são genéricos, pois se baseiam na posse e no tempo. O usucapião ordinário, da mesma forma não sofreu alteração em seus requisitos específicos, a boa fé e o justo título (O Usucapião no Âmbito Material e Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 108)

TITO FULGÊNCIO explica que a posse necessária ao reconhecimento da usucapião não é a mesma exigida para o manejo dos interditos possessórios, pois precisa reunir, além das condições objetivas – continuidade e tranquilidade – também o elemento intelectual ou subjetivo – *animus domini* – não bastando, portanto, a *affectio tenendi*.

Quem pretender o domínio por esse modo de aquisição, precisa mostrar, afinal, que possui a coisa como sua (Da Posse e das Ações Possessórias. v. I. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 15).

Da mesma forma, FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO assinala que a posse para fins de usucapião não se confunde com a posse para proteção possessória (Usucapião. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 189).

A partir dessa consideração, afirma-se que, para haver posse *ad usucapionem* é essencial identificar, em primeiro lugar, uma pessoa (física ou jurídica) com capacidade de direito apta a exercer atos de posse com *animus domini*, (agente capaz) e, em segundo lugar, um bem corpóreo de existência autônoma, suscetível de usucapião (objeto lícito).

As alegações trazidas no Recurso Especial interposto pelo Ministério Público estão fortemente relacionadas a esse segundo pressuposto – o objeto lícito.

De acordo com o MP, as ações de usucapião em curso na Circunscrição de Planaltina não poderiam prosseguir, porque os imóveis em questão não poderiam ser registrados em nome dos seus ocupantes como previsto nos arts. 1.238 do CC/02 e 176 da Lei de Registros Públicos, porque (1) desprovidos de matrículas individualizadas e (2) ainda não aprovado, pelo Poder Público, o projeto de parcelamento da área.

Assim, não apenas a falta de matrículas individuais dos lotes, mas também a pendência de aprovação do projeto de parcelamento da área, impediriam o registro de eventual sentença declaratória de usucapião. Daí resultaria a falta de interesse de agir (arts. 17 e 485, IV e VI, do NCPC).

O *Parquet* não chega a apregoar, expressamente, que os imóveis são insuscetíveis a usucapião. Todavia, ao afirmar que as ações intentadas não terão efeito prático diante da impossibilidade de registro da sentença e que, em razão disso, as demandas em curso deveriam ser extintas por falta de pressuposto e desenvolvimento regular do processo, acaba por equiparar a impossibilidade de registro com a ilicitude do objeto.

A tônica da argumentação é no sentido de que a sentença não poderia ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis, circunstância que inviabilizaria o próprio ajuizamento da ação de usucapião.

Mas esse raciocínio, com o devido respeito, parece confundir o direito de propriedade com a certificação e publicidade do domínio que emerge do registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Para melhor discernir as coisas é preciso recordar, antes de tudo, que a ausência de matrícula individual do imóvel não embaraça, por si só, o registro da usucapião reconhecida em juízo.

Imagine-se, por exemplo, a situação nada incomum em que parte de uma fazenda é ocupada por lavradores com *animus domni* pelo tempo necessário ao reconhecimento da prescrição aquisitiva, ali exercendo notórios atos de posse de boa-fé. Impossível afirmar, nessas situações, que a ausência de matrícula própria para as áreas ocupadas constitui obstáculo ao reconhecimento da usucapião. Basta, para tanto, que se faça o desmembramento da matrícula original, a fim de que a área usucapida possa contar com uma cadeia dominial própria.

Ademais, o art. 216-A, § 6º, da Lei de Registros Públicos (com a redação conferida pela Lei n. 13.465/2017) autoriza o Oficial do Registro a abrir uma nova matrícula nas hipóteses de usucapião administrativa, se necessário.

Tratando-se de parcelamento do solo ou incorporação imobiliária, também há previsão legal expressa para abertura de novas matrículas. Nos termos do art. 237-A da Lei de Registros Públicos, *após o registro do parcelamento do solo ou da incorporação imobiliária, até a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam o empreendimento serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas eventualmente abertas.*

Com efeito, se o bem imóvel é divisível, essa qualidade deve se refletir no Cartório de Registro de Imóveis com a abertura de tantas matrículas quantas forem necessárias para certificar a verdadeira propriedade das glebas.

A fim de melhor elucidar a distinção entre o direito de propriedade e a situação registrária de determinado imóvel, é preciso lembrar que pode haver propriedade imobiliária não certificada no Registro de Imóveis.

BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO bem observa que a presunção de veracidade que resulta do registro no Cartório de Registro de Imóveis é juris

tantum, ou seja, admite prova em contrário. E, se admite prova em contrário, é porque o registro da propriedade não se confunde com a propriedade em si.

Anote-se:

No Brasil, contrariamente ao direito germânico, foi adotado o princípio da presunção da verdade pelo registro, isto é, vencível por prova em contrário, tratando-se portanto de presunção *iuris tantum*.

O domínio ou direito real presume-se pertencer à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu (CC/16, art. 859), preceito não repetido no Código Civil em vigor, mas cujo princípio está inserido no § 2º do art. 1.245.

Não adotado o princípio da fé pública, tal como ocorreu no direito germânico, de validade incondicionada (*iure et de iure*), aqui por deficiência de um cadastro fundiário adequado, erigiu a lei como direito o domínio da propriedade, mas não no seu sentido de absolutismo. Daí porque o domínio pode ser contestado (Tratado de Usucapião. v. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 236).

Os casos em que o imóvel comum do casal é registrado apenas no nome de um dos consortes bem demonstram que a propriedade não corresponde, necessariamente, ao que consta do Registro imobiliário, pois se reconhece como proprietário, ou coproprietário, o cônjuge não mencionado nos assentamentos notariais.

Da mesma forma, a natureza declaratória da sentença que reconhece a usucapião é evidência inquestionável de que a propriedade do imóvel não se confunde com o seu registro.

De fato, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de aquisição derivada, como a compra e venda, em que o registro integra e perfaz a transmissão do domínio, nas situações de aquisição originária, ele desempenha papel meramente coadjuvante.

Nesse sentido, lição de BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO:

[A usucapião] é modo originário de adquirir domínio, com a perda do antigo dono, cujo direito sucumbe em face da aquisição. O proprietário, como já ensinava Lafayette, perde o domínio porque o adquire o possuidor. A transcrição, no caso exige-se apenas para o exercício do jus disponendi, mas não é constitutiva (Tratado de Usucapião. vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203).

Em reforço, podemos lembrar que não existe nenhuma previsão legal estatuidando o registro como requisito para a aquisição da propriedade por meio da prescrição aquisitiva.

A parte final do art. 1.238 e também o parágrafo único do art. 1.241, ambos do CC/02, destacam que a sentença de usucapião *servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis*. Os dispositivos não condicionam a aquisição da propriedade ao registro da sentença. Aliás, não condicionam nem a aquisição da propriedade, nem o ajuizamento da ação e nem sequer a prolação da sentença à lavratura do registro.

As normas destacadas apenas esclarecem que a sentença declaratória, fazendo as vezes de uma escritura pública, *servirá de título* para o registro no Cartório de Registro de Imóveis, ou seja, ela *poderá* ser levada a registro no Ofício competente.

Isso significa que a possibilidade de registro constitui um atributo, é dizer um efeito da sentença declaratória de usucapião, não uma condição para o reconhecimento do direito material de propriedade ou para o exercício do direito subjetivo de ação.

Os arts. 1.238, parágrafo único, e 1.241 do CC/02 não poderiam mesmo impedir a usucapião de bens insuscetíveis de registro porque, dessa forma, estariam contrariando outros preceitos normativos, inseridos até mesmo na Constituição Federal, que fixam a posse *ad usucapionem* e o decurso do tempo como os únicos requisitos genéricos para o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Com efeito, a usucapião está claramente vinculada a função social da propriedade, pois reconhece a prevalência da posse adequadamente exercida sobre a propriedade desprovida de utilidade social, permitindo, assim, a redistribuição de riquezas com base no interesse público.

FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, com apoio em lição de LUIZ EDSON FACHIN, afirma, nesse mesmo sentido, o seguinte:

Desse modo, compreende-se o desenvolvimento da função social da posse, que se projeta intensamente pela usucapião. Reconhece-se que a posse qualificada pelo elemento temporal cumpre papel social ao permitir a redistribuição da propriedade de forma originária (*Usucapião*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 54).

Assim, considerando que a usucapião propicia o cumprimento da função social da propriedade e que esse objetivo tem envergadura constitucional, não seria adequado criar, por força de uma interpretação ampliativa dos arts. 1.238, parágrafo único, e 1.241 do CC/02, mais um requisito para o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Também é esse o posicionamento do STF.

No julgamento do RE n. 422.349/RS, aquela Corte assinalou que nem mesmo a lei pode estabelecer requisitos diversos daqueles previstos no art. 183 da CF, para o reconhecimento da usucapião especial urbana.

Confira-se:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Usucapião especial urbana. Interessados que preenchem todos os requisitos exigidos pelo art. 183 da Constituição Federal. Pedido indeferido com fundamento em exigência supostamente imposta pelo plano diretor do município em que localizado o imóvel. Impossibilidade. A usucapião especial urbana tem raiz constitucional e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Recurso provido.

1. Módulo mínimo do lote urbano municipal fixado como área de 360 m². Pretensão da parte autora de usucapir porção de 225 m², destacada de um todo maior, dividida em comosse.

2. Não é o caso de declaração de inconstitucionalidade de norma municipal.

3. Tese aprovada: preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).

4. Recurso extraordinário provido.

(STF, RE n. 422.349/RS, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 5/8/2015)

Ora, se a lei não pode criar outros requisitos não previstos no art. 183 da CF de modo a impedir a usucapião de terrenos urbanos com menos de 300m², não pode, por coerência, exigir a lavratura do registro para que se complete a prescrição aquisitiva.

Isso significa que as ações de usucapião relativas aos imóveis situados no Setor Tradicional de Planaltina não devem ser extintas com fundamento no art. 485, VI, do NCPC por ausência de interesse de agir ou falta de condição de procedibilidade da ação.

(2) Da usucapião em áreas irregulares

De acordo com o Ministério Público, não seria possível ajuizar ação de usucapião de imóveis inseridos em loteamento desarmônico tendo em

vista a impossibilidade de abertura de novas matrículas para posterior registro decorrente da natureza irregular do parcelamento.

Eventual impossibilidade de registro, como visto no tópico anterior, não pode implicar ausência de interesse processual, porque o direito de propriedade não se confunde com o registro dessa propriedade, isto é, a aquisição do domínio pela prescrição aquisitiva pode ser declarada e, portanto, interessa àqueles que a perseguem, independentemente de posterior registro.

Convém saber, no entanto, se haveria algum outro obstáculo de natureza não processual ao reconhecimento da usucapião de imóveis localizados em área pendente de regularização. De forma mais clara, importa investigar se haveria alguma razão de ordem fundiária para declaração da prescrição aquisitiva nessas situações.

A propósito da questão da regularização fundiária, JOSÉ RENATO NALINI esclarece que ela compreende três dimensões: (a) a *dimensão urbanística*, relacionada aos investimentos necessários para melhoria das condições de vida da população; (b) a *dimensão jurídica*, que diz respeito aos instrumentos que possibilitam a aquisição da propriedade nas áreas privadas e o reconhecimento da posse nas áreas públicas; e (c) a *dimensão registrária*, com o lançamento nas respectivas matrículas da aquisição destes direitos, a fim de atribuir eficácia para todos os efeitos da vida civil (Direitos que a Cidade Esqueceu, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 167)

A forma como determinado imóvel se apresenta no contexto urbano não se confunde, pois, com o direito de propriedade, reconhecida desde o Código de Hamurabi.

Se o imóvel é assistido por vias públicas, se conta com sistemas de água e esgoto, se foi edificado com respeito aos recuos e gabarito previsto nas posturas municipais, nada disso é capaz de criar ou suprimir o direito de propriedade ou os reflexos desse direito no registro imobiliário.

Da mesma maneira se o imóvel é utilizado de forma irregular, com desrespeito à sua função social e urbanística, isso tampouco é suficiente para interferir com o direito de propriedade.

Sob outra perspectiva, o Direito Administrativo destaca que a necessidade de atendimento à função social da propriedade pode impor limitações ou restrições ao exercício do direito de propriedade, como refreamentos administrativos, servidões, tombamentos, etc., mas não pode impedir o reconhecimento do domínio.

Nesse sentido, a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

(...)

(...) Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens (Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 281 e 284)

Não há, portanto, como negar o direito à usucapião sob o pretexto de que o imóvel está inserido em loteamento irregular, porque o direito de propriedade declarado pela sentença (dimensão jurídica) não se confunde com a certificação e publicidade que emerge do registro (dimensão registrária) ou com a regularidade urbanística da ocupação levada a efeito (dimensão urbanística).

Se a utilização do imóvel desrespeita o interesse público, isso continuará a acontecer independentemente do reconhecimento da prescrição aquisitiva. Eventual construção irregular, supressão de nascente ou risco à saúde pública continuarão a existir independentemente de o juiz, na sentença, deferir ou indeferir o pedido de usucapião, sendo certo que tais irregularidades devem ser corrigidas por remédios próprios, a cargo do Poder Público, pelo poder de polícia que lhe é inerente.

A declaração da usucapião, vale dizer, é incapaz de causar prejuízo à ordem urbanística, sendo certo, da mesma forma, que o indeferimento do pedido de usucapião não é capaz, por si só, de evitar a utilização indevida da propriedade.

A própria Lei n. 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, admitiu, em seu art. 10 a usucapião coletiva de núcleos urbanos informais, verbis:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela Lei n. 13.465, de 2017)

Da mesma forma, o Pleno do *STF*, como destacado no item anterior, ao julgar o RE n. 422.349/RS, sob a relatoria do Ministro *Dias Toffoli*, fixou a tese de que *preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o*

reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).

Naquele caso concreto, Arlei José Zanardi e Raquel Dagostini Zanardi propuseram ação de usucapião tendo por objeto imóvel de metragem inferior ao módulo mínimo definido pelo Plano Diretor para lotes urbanos. Isso significa que o imóvel, segundo se pode concluir, não possuía matrícula individual, nem podia ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis por mero requerimento da parte interessada, configurando, por isso, sob o ponto de vista da norma municipal, verdadeira ocupação irregular.

Nada obstante, o STF reconheceu a usucapião.

Admitindo-se que aquele não era o único imóvel da região com metragem inferior ao módulo mínimo legal, parece razoável sustentar que o STF, ao fim e ao cabo, reconheceu a possibilidade de usucapião de glebas inseridas em loteamentos não regularizados.

Esse entendimento, que implicitamente se extrai do acórdão do STF, tem sido adotado de modo expresso por diversos tribunais pátrios.

No *TJDFT* ele foi fixado no julgamento de IRDR pelo acórdão ora recorrido.

A jurisprudência majoritária do *TJSP* também admite a ação de usucapião de imóveis inseridos em loteamentos irregulares, destacando-se, por exemplo, os seguintes julgados:

Usucapião Extraordinária Imóvel usucapiendo localizado em área de loteamento clandestino. Irrelevância. Modo originário de aquisição de propriedade. Ação que é proposta pelo possuidor e não pelo loteador clandestino. Precedentes. Prescrição aquisitiva comprovada. Recurso provido.

(TJSP, Apelação Cível n. 1005594-72.2016.8.26.0048, Rel. Des. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, DJe. 20/1/2020);

Usucapião Extraordinária. Ajuizamento por adquirente de lote inseridos em área maior, perfeitamente individualizado e demarcado - Usucapião que, ademais, é via adequada à regularização do título dominial Precedentes desta E. Corte. Preenchimento dos requisitos de legais para o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Irregularidade do loteamento. Irrelevância. Pedido procedente - Sentença mantida - Recurso desprovido.

(TJSP, Apelação Cível n. 1002426-20.2016.8.26.0450, Rel. Des. Mathias Coltro, 5ª Câmara de Direito Privado, DJe 6/12/2019)

Apelação Cível Usucapião. Sentença de procedência. Insurgência do Ministério Público, arguindo a impossibilidade de usucapião do imóvel litigioso por conta de estar situado em loteamento irregular, em zona de especial interesse ambiental. Desacolhimento. Inexistência de óbice legal para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, uma vez que tais circunstâncias representam mera irregularidade administrativa e limitações ambientais, que não impedem o reconhecimento do direito de propriedade sobre o imóvel. Preenchimento dos requisitos do art. 1.242 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP, Apelação Cível n. 1006532-11.2014.8.26.0348, Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella, 6ª Câmara de Direito Privado, DJe. 19/3/2019);

Usucapião Extraordinária. Procedência, com declaração do domínio. Insurgência do Ministério Público. Descabimento. Área usucapienda localizada em loteamento irregular. Possibilidade de reconhecimento da usucapião a favor do autor, independentemente da regularização do loteamento. Precedentes deste Tribunal. Decisão mantida. *Recurso desprovido*

(TJSP, Apelação Cível n. 1007274-68.2018.8.26.0292, Rel. Des. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, DJe 12/12/2019);

Usucapião Extraordinário. Procedência. Atendimento do lapso temporal previsto no artigo 1.238 do Código Civil. Posse dos autores (que, somada a dos antecessores, é exercida há mais de 39 anos) - remonta ao ano de 1979) leva à prescrição aquisitiva. Recurso interposto pelo Ministério Público que não comporta acolhida. A circunstância de o imóvel encontrar-se em loteamento clandestino ou não regularizado não impede o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Precedentes, inclusive desta Câmara, envolvendo imóveis situados no mesmo Distrito - Sentença mantida. Recurso improvido.

(TJSP Apelação Cível n. 1000753-21.2018.8.26.0450, Des. SALLES ROSSI, 8ª Câmara de Direito Privado. DJe 28/11/2019

No *TJMG*, embora seja possível localizar julgados em sentido contrário (Apelação Cível n. 1.0142.17.001518-4/002, Rel. Des. *Maurílio Gabriel*, 15ª Câmara Cível, DJe 11/12/2019 e Apelação Cível n. 1.0471.16.016638-8/001, Rel. Des. *Mota e Silva*, 18ª Câmara Cível, DJe. 23/8/2019), também sobressaem os julgados que admitem a usucapião sobre imóveis não registrados:

Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Loteamento irregular. Irrelevância. Modo originário de aquisição da propriedade. Adequação da via. Cerceamento de defesa. Tratando-se de forma de aquisição originária da propriedade que se submete a requisitos próprios, o fato de o bem usucapiendo estar situado em loteamento irregular, não repercute nos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo. A usucapião é modo

originário de aquisição da propriedade ou de outro direito real pela posse prolongada e continuada da coisa, quando atendidos os requisitos previstos na Constituição Federal e no Código Civil, para cada uma de suas modalidades. O julgamento de improcedência do pedido inicial sem apreciação do pedido de produção de provas formulado pela parte autora configura cerceamento de defesa. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0000.19.055295-0/001, Rel. Desa. Mônica Libânio, 11ª Câmara Cível, DJe. 24/7/2019)

Apelação cível. Ação de usucapião. Imóvel rural inferior ao módulo rural. Posição do STJ. Loteamento irregular. Pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Extinção do processo. Não cabimento.

(...) 2. Não se traduzem em pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo a prova de que o imóvel usucapiendo não está inserido dentro de outro já registrado, nem a prova da regularização do terreno onde se localiza o imóvel, pois a ação de usucapião visa justamente a regularização de uma situação fática de domínio e constitui forma originária de aquisição da propriedade.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0142.16.002638-1/002, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, DJe. 14/8/2018)

Ação de usucapião. Posse mansa, pacífica e ininterrupta. Lapso temporal. Ônus da prova. Fatos constitutivos do direito. Artigo 333, do Código de Processo Civil. Inteligência do art. 1.238, do Código Civil de 2016. Accessio possessionis. Requisitos. Procedência do pedido. Sentença reformada. O fato de o imóvel que se pretende usucapir se situar em loteamento irregular, não sendo possível o seu registro, não obsta a pretensão autoral, de usucapião, que é um modo de aquisição originária. Para a declaração da prescrição aquisitiva é necessário o preenchimento dos requisitos legais que a autorizam, ou seja, exige-se, apenas, o exercício da posse mansa e pacífica, com ânimo de dono, de forma contínua, pelo período previsto em lei. Comprovados os requisitos ensejadores à usucapião extraordinária, bem como a posse exclusiva e os demais requisitos legais, a procedência do pedido é medida que se impõe.

(TJMG - Apelação Cível 1.0471.15.018280-9/001, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, DJe 31/5/2019)

Usucapião. Módulo rural. Área. Loteamento irregular. Irrelevância. Há possibilidade jurídica do pedido de usucapião, independentemente da área usucapienda ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo Estatuto da Terra. O fato de o imóvel que se pretende usucapir estar localizado em loteamento irregular não é causa suficiente para rechaçar a prescrição aquisitiva.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0142.15.003402-3/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, DJe 29/6/2018)

Apelação cível. Preliminar. Cerceamento de defesa. Usucapião extraordinário. Loteamento irregular. Área inferior ao módulo rural. Irrelevância. (...) 2 - Preenchidos os requisitos necessários para a usucapião, é irrelevante o fato de o imóvel estar situado em loteamento irregular ou possuir metragem inferior ao módulo rural estabelecido pelo Município.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0142.16.002051-7/001, Rel. Des. Octávio De Almeida Neves, 15ª Câmara Cível, DJe 29/6/2018)

Apelação cível. Ação de usucapião rural. Loteamento irregular ou clandestino. Área inferior ao módulo rural. Usucapião. Possibilidade. Sentença terminativa. Cassação.

- Presentes os requisitos exigidos pela legislação, a parte tem direito à aquisição da propriedade pela usucapião, ainda que a área usucapienda seja inferior ao módulo previsto para a região em que se localize. (REsp 1.040.296/ES, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, jul. em 02/06/2015, DJe 14/08/2015), ou que o loteamento seja irregular ou clandestino.

- Se há possibilidade do exame do mérito da causa, a sentença terminativa é nula por violar o direito de ação.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0142.17.002306-3/001, Rel. Des. Ramon Tácio, 16ª Câmara Cível, DJe 3/8/2018)

No *TJRS*, é possível localizar os seguintes acórdãos:

Apelação cível. Usucapião. Bens imóveis. Aquisição do direito à propriedade não constitui obstáculo à aquisição originária do domínio. Imóvel que integra loteamento irregular. Pressupostos à declaração do domínio pela usucapião extraordinária com posse socialmente qualificada. Ação procedente. Apelo provido. Unânime.

(TJRS, Apelação Cível n. 70044097236, Rel. Des. Bernadete Coutinho Friedrich, Décima Sétima Câmara Cível, j 20/10/2011)

Apelação cível. Usucapião. Posse com justo título. Sentença de extinção do feito, com base no art. 485, IV, do CPC. A propositura da ação de usucapião com base no justo título encontra amparo legal, conforme art. 1.242 do CCB. Ausência de má-fé dos autores, pelo ajuizamento de ação de usucapião e não de adjudicação compulsória, sobremodo considerando a alegação de impossibilidade de simples outorga de escritura, por se tratar de loteamento irregular. Sentença desconstituída. Deram provimento ao recurso. Unânime.

(TJRS. Apelação Cível n. 70080065626, Rel. Des. Nelson José Gonzaga, Décima Oitava Câmara Cível, j 5/9/2019)

Apelação cível. Usucapião (bens imóveis). Condomínio *pro indiviso*. Loteamento irregular. Impossibilidade de adjudicação compulsória. Cabimento da ação de usucapião.

1. Do cabimento da ação de usucapião. Sentença de improcedência da ação por suposta inadequação da via eleita, entendendo, o magistrado a quo, haver possibilidade de aquisição da propriedade por meio derivado – regularização do registro ou propositura de ação de adjudicação compulsória. Existência de condomínio *pro indiviso* e loteamento irregular, do que decorre a ausência de individualização do lote no registro imobiliário, impossibilitando a regularização pelas vias registrais próprias e pelo procedimento de adjudicação compulsória. Falecimento do proprietário registral e de promitentes vendedores originários que também obsta a outorga pura e simples de escritura pública.

2. Dos requisitos para a declaração da prescrição aquisitiva. Necessidade da produção de prova testemunhal que inviabiliza a aplicação da teoria da causa madura, impondo-se a desconstituição da sentença e remessa dos autos à origem para fins de instrução. *Parecer ministerial acolhido. Apelo parcialmente provido. Sentença desconstituída.*

(TJRS, Apelação Cível n. 70082254442, Rel. Desa. Mylene Maria Michel, Décima Nona Câmara Cível, j 17/10/2019)

*Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Art. 1.2238 do CC. Loteamento irregular. A circunstância de a área usucapienda integrar o que se chama de loteamento irregular não é óbice para o ajuizamento da ação de usucapião. De acordo com o art. 1.238 do CC, adquire a propriedade aquele que, independentemente de título e boa-fé, possuir como seu um imóvel por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, reduzindo-se tal prazo para dez anos caso seja estabelecido no local sua moradia habitual, ou nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo. Hipótese em que a prova dos autos é suficiente para comprovar a existência de posse mansa, pela parte autora, sobre o imóvel, com *animus domini*, pelo prazo da prescrição aquisitiva, sendo impositiva a reforma da sentença, para julgar procedente o pedido, ainda mais se considerada a inexistência de oposição pelos proprietários registrais que, devidamente citados, deixaram de contestar a demanda. Apelo provido. Unânime.*

(TJRS, Apelação Cível n. 70080653116, Rel. Des. Dilso Domingos Pereira, Vigésima Câmara Cível, j 24/4/2019)

No *TJSC*, conquanto se possa localizar julgado em sentido contrário (Apelação Cível n. 0001347-56.2009.8.24.0019, Rel. Des. *Carlos Roberto da Silva*, Câmara Especial Regional de Chapecó, DJe 14/5/2018), também

parece predominar o entendimento de que a usucapião pode ser declarada independentemente do registro.

Apelação cível. Usucapião. Extinção do feito, sem resolução do mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido. Fração de imóvel que se pretende usucapir que está inserida em suposto loteamento irregular. Requisitos do artigo 1.242 do Código Civil presentes. Observância das normas de parcelamento do solo que não se apresenta como condição para o reconhecimento da usucapião. Posse mansa e pacífica exercida há mais de vinte anos. Prestação de serviços públicos mínimos. Cobrança de IPTU. Aparência de legalidade. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

(TJSC, Apelação Cível n. 2014.057117-9, Rel. Des. Artur Jenichen Filho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 17/9/2015)

Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Sentença de procedência. Insurgência do réu. Discussão acerca da nulidade do contrato de compra e venda pelo qual os autores adquiriram o imóvel que se revela despicienda. Usucapião extraordinária que despreza a existência de justo título, privilegiando o exercício da posse. Exegese do art. 1.238 do Código Civil. Imóvel localizado em loteamento irregular. Ausência de desmembramento da área. Irrelevância. Requisitos da lei de parcelamento do solo urbano que não se aplicam à forma de aquisição originária da propriedade. Prevalência, ademais, do direito à moradia e da função social da propriedade. Alegação de encravamento do imóvel do apelante. Não comprovação. Requisitos para configuração da usucapião extraordinária evidenciados pela prova dos autos. Segundo autor que, embora tenha deixado de residir no local, permitiu a estadia de seu pai, o que configura o exercício de posse indireta. Pedido subsidiário de minoração dos honorários sucumbenciais. Impossibilidade. Verba já arbitrada no patamar mínimo legal em primeira instância. Honorários recursais. Fixação devida. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJSC, Apelação Cível n. 0301003-69.2015.8.24.0058, Rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 6/2/2018).

Apelação cível. Sentença de procedência em ação de usucapião extraordinária, fundada no art. 1.238, caput, do Código Civil atual. Insurgência interposta pelo Ministério Público, sob a alegação de que a área usucapienda não se amolda às exigências sobre o parcelamento do solo previstas na Lei Federal n. 6.766/79 e na legislação municipal, tratando-se de loteamento irregular. Circunstância incapaz, per se, de inviabilizar declaração de domínio pela via da usucapião, que consubstancia modo de aquisição originária da propriedade. Precedentes desta Corte. Substrato probatório que, ademais, evidencia estarem reunidos os pressupostos indispensáveis para o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Eficaz demonstração da posse, de forma mansa, pacífica e ininterrupta, com animus domini, pelo prazo de 20 anos,

considerada a accessio possessionis. Regra geral de transição a que alude o art. 2.028 do Código Civil vigente. Aplicabilidade, à espécie, das disposições do art. 550 do Código Civil de 1916. Manutenção da decisão. Recurso conhecido e desprovido. “Presentes os requisitos da usucapião extraordinária, impõe-se a declaração da aquisição originária da propriedade, independentemente de eventual irregularidade referente às normas de parcelamento de solo urbano, tendo em vista a boa-fé do pretendente, o interesse social do provimento almejado e a função social da propriedade urbana” (TJSC, AC n. 2012.061611-6, de Camboriú, rel.: Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 04/10/2012).

(TJSC, Apelação Cível n. 2012.057051-1, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 24/10/2013).

Apelação cível. Ação declaratória. Usucapião. Procedência à origem. Recurso do Ministério Público. Área usucapienda. Parcelamento do solo urbano. Lei n. 6.766/1979. Imóvel localizado em loteamento irregular. Irrelevância. Incremento por requisito ausente na legislação constitucional e ordinária atinente ao instituto da usucapião. Neoconstitucionalismo. Direito Civil Constitucional. Violação transversal ao princípio da legalidade e aos direitos da dignidade humana e função social da propriedade. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Tema n. 815. “A existência de característica ofensiva às normas de parcelamento do solo no imóvel usucapiendo não obsta, per se, a consolidação do domínio sobre o bem, desde que não se apresente o ato, com espreque no princípio da boa-fé processual, como tentativa de subterfúgio à legislação de parcelamento do solo e restem verificados os pressupostos legais e/ou constitucionais à configuração da usucapião. (TJSC, Apelação Cível n. 0001070-23.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-11-2017)” Prescrição aquisitiva ordinária. Artigo 1.242 do Código Civil. Constância dos pressupostos caracterizadores. Recurso desprovido.

(TJSC, Apelação Cível n. 0002432-03.2012.8.24.0139, Rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 20/8/2019)

Apelação cível. Ação de usucapião de imóvel urbano. Sentença de procedência. Insurgência do Ministério Público. Imóvel usucapiendo situado em loteamento irregular. Alegada infringência à Lei de Parcelamento do Solo (Lei n. 6.766/1979). Descabimento. Circunstância que não obsta a aquisição da propriedade via prescrição aquisitiva. Normas urbanísticas que não devem se sobrepor ao direito de moradia. Existência de ação civil pública em tramitação na Justiça Federal. Discussão acerca de suposta irregularidade no loteamento e sobre eventual supressão de vegetação naquela área. Ausência de óbice à pretensão de declaração da propriedade originária. Manifestação do Ministério Público Federal exarada naquele feito nesse sentido. Ausência de irrisignação em relação ao cumprimento dos requisitos da modalidade extraordinária de usucapião (art. 1.238, CC). Sentença

mantida. “A existência de característica ofensiva às normas de parcelamento do solo no imóvel usucapiendo não obsta, per se, a consolidação do domínio sobre o bem, desde que não se apresente o ato, com espeque no princípio da boa-fé processual, como tentativa de subterfúgio à legislação de parcelamento do solo e restem verificados os pressupostos legais e/ou constitucionais à configuração da usucapião” (TJSC, Apelação Cível n. 0001070-23.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-11-2017).

Recurso conhecido e desprovido.

(TJSC, Apelação Cível n. 0300388-59.2017.8.24.0139, Rel. Des. Carlos Roberto da Silva, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 12/9/2019).

O *TJBA*, da mesma forma, já acolheu a tese jurídica propugnada:

Apelação cível. Ação de usucapião. Sentença que julgou improcedente a ação. Parcelamento irregular do imóvel. Circunstância que não se configura em óbice à aquisição originária da propriedade. Necessidade de instrução do feito. Sentença cassada. O fato de o imóvel conter alguma irregularidade no seu parcelamento, por si só, não se traduz em impedimento para à aquisição do domínio do imóvel pela usucapião, desde que preenchidos os pressupostos previstos na legislação vigente para autorizar o êxito da ação proposta e desde que não esteja explícita a má-fé do usucapiente que tenha como fito, simplesmente, burlar a legislação.

(TJBA, Apelação Cível n. 0003845-08.2011.8.05.0271, Rel. Des. Gesivaldo Nascimento Britto, Segunda Câmara Cível, DJe 10/9/2014)

Aqui no *STJ*, há julgados em sentido contrário, isto é, que proíbem a usucapião de imóveis com área inferior ao módulo (urbano ou rural) definido em norma local: AgRg nos EDcl no Ag 1.407.458/RJ, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Terceira Turma, julgado em 7/5/2013, DJe 14/5/2013 e REsp 402.792/SP, Rel. Ministro *Jorge Scartezzini*, Quarta Turma, DJ 6/12/2004.

A *ratio decidendi* incorporada nestes acórdãos inviabiliza a declaração de usucapião noutras situações de irregularidade fundiária, mas referida orientação encontra-se superada pelo mencionado RE n. 422.349, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, DJe 5/8/2015, que assentou a possibilidade de usucapião de áreas inferiores ao módulo urbano definido em lei municipal, desde que superiores a 250 m².

Atualmente, as Turmas de Direito Privado adotam posicionamento compatível com o do STF, tendo, inclusive, a Segunda Seção desta Corte editado precedente qualificado, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais

repetitivos n. 1.667.482/SC e 1.667.843/SC (*Tema n. 985*), fixado a seguinte tese jurídica:

Recurso especial representativo de controvérsia. Usucapião extraordinária. Imóvel usucapiendo com área inferior ao módulo urbano disposto na legislação municipal. Requisitos previstos no art. 1.238 do CC: posse, *animus domini*, prazo de 15 (quinze) anos. Reconhecimento do direito à aquisição da propriedade não sujeito a condições postas por legislação diferente daquela que disciplina especificamente a matéria.

1. Tese para efeito do art. 1.036 do CPC/2015: *O reconhecimento da usucapião extraordinária, mediante o preenchimento dos requisitos específicos, não pode ser obstado em razão de a área usucapienda ser inferior ao módulo estabelecido em lei municipal.*

2. No caso concreto, recurso especial não provido, a fim de afirmar a inexistência de impedimento para que o imóvel urbano, com área inferior ao módulo mínimo municipal, possa ser objeto da usucapião extraordinária.

(REsp 1.667.843/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 5/4/2021)

Consultando o acervo de julgados desta Corte, ainda é preciso destacar que o acórdão da Terceira Turma proferido no julgamento do REsp 1.431.244/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 15/12/2016, aparentemente contrário ao entendimento propugnado neste voto, não se aplica perfeitamente à hipótese dos autos. Isso porque versa sobre o cabimento da ação de usucapião para obter a individualização e registro de fração ideal em propriedade condominial, e não propriamente sobre a usucapião de imóveis não regularizados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado.

Processual Civil. Recurso especial. Ação de usucapião. Loteamento irregular. Pretensão. Registro individualizado da matrícula da parcela ideal. Condições da ação. Interesse de agir. Aferição. Necessidade, utilidade e adequação. Ausência.

1. Cinge-se a controvérsia a determinar se a ação de usucapião é o meio jurídico adequado para que os recorrentes obtenham a individualização e o registro de fração ideal de imóvel objeto de condomínio em loteamento irregular.

2. O interesse de agir é condição da ação, e, assim, corresponde à apreciação de questões prejudiciais de ordem processual relativas à necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional, que devem ser averiguadas segundo a teoria da asserção.

3. O provimento jurisdicional pleiteado pelo autor deve ser, em abstrato, capaz de lhe conferir um benefício que só pode ser alcançado com o exame de uma

situação de fato que possa ser corrigida por meio da pretensão de direito material citada na petição inicial. Em outras palavras, só é útil, necessária e adequada a tutela jurisdicional se o provimento de mérito requerido for apto, em tese, a corrigir a situação de fato mencionada na inicial.

4. Nem o reconhecimento da prescrição aquisitiva, nem a divisão do imóvel têm, em tese, o condão de modificar a situação de fato mencionada na inicial, referente à impossibilidade de obtenção do registro individualizado de fração ideal de condomínio irregular, pois não há controvérsia sobre a existência e os limites do direito de propriedade, sequer entre os condôminos.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.431.244/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe 15/12/2016).

Também é possível localizar acórdão da Terceira Turma que reputou inadmissível a utilização de ação de usucapião com o objetivo de declarar a propriedade de área encravada em terreno particular, desprovida de matrícula autônoma.

Confira-se:

Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Ação de usucapião. Imóvel rural fracionado. Inexistência de matrícula individualizada. Interesse de agir. Ausência. Precedente. Agravo desprovido.

1. É inadmissível a utilização da ação de usucapião para que a parte obtenha a individualização e o registro de fração de imóvel objeto de condomínio em loteamento irregular. Assim, será útil, necessária e adequada a tutela jurisdicional somente quando o provimento pretendido for apto a corrigir a situação concreta, isto é, se a pretensão de direito material tem aptidão para solucionar a questão de fato objeto de controvérsia, o que não se verifica na espécie. Precedente.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.539.964/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 12/12/2019)

Na ocasião, todavia, utilizou-se como fundamento o mencionado REsp 1.431.244/SP, da Relatoria da Ministra *Nancy Andriighi*, que, como visto, tratava de hipótese distinta, razão pela qual o acórdão em referência não pode ser tomado como representativo do posicionamento do STJ a respeito do tema ora em debate.

Por fim, ainda é preciso destacar que entre os requisitos para o deferimento da usucapião administrativa, prevista no art. 216-A da Lei de Registros Públicos,

não se observa a exigência de um plano de parcelamento do solo aprovado pelo Poder Público, havendo previsão, apenas, de manifestação da União, Estado ou Município, conforme o caso, acerca do pedido formulado.

Confira-se:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015.

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação,

o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

Talvez por isso, FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO tenha assinalado que a possibilidade de reconhecimento administrativo da usucapião constitui valioso mecanismo para solucionar o problema da regularização fundiária.

Confira-se:

A usucapião administrativa revela uma forma de solução extrajudicial para o problema de ocupação irregular. Para o tratamento de ocupações coletivas, nas quais se verifica a necessidade de regularização fundiária, com finalidade social, a lei exige a legitimação da posse por parte do poder público que será convertido após o decurso de cinco anos em propriedade para o seu titular (art. 57, § 5º, e 6º da Lei 11.977/2009) [revogado pela Lei n. 13.465/2017].

[...]

O art. 216-A da Lei de Registros Públicos (modificado pelo art. 1.071 do NCP) também prevê a possibilidade de usucapião pela modalidade administrativa, na qual a atividade do notário e do registrador será relevante, pois o pedido dependerá da integração de ambos para a criação da matrícula. A apresentação do pedido será realizada por ato notarial que certifique o prazo e as características da ocupação, com os documentos elencados (incs. II a IV), prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento do pedido (Usucapião. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 85).

Portanto, desde que atendidas as formalidades legais e ouvido Poder Público, o Oficial do Registro estará plenamente autorizado a reconhecer a prescrição aquisitiva e abrir nova matrícula, efetuando o competente registro, ainda quando se tratar de imóvel situado em área irregular.

(3) Interferência no procedimento de regularização fundiária

Ainda importa saber se o eventual reconhecimento da usucapião dos imóveis em testilha poderia tumultuar, de forma indevida, a regularização da área apontada.

É certo que existe, no Distrito Federal, um problema muito sério de regularização fundiária, problema esse que fez surgir, ao longo do tempo, grande indisposição e má vontade com todas as ocupações irregulares de terras.

Em alguma medida, sempre que se levanta a questão, parece adotar-se a premissa de que os ocupantes de áreas irregulares agem de má-fé, poluem o meio ambiente e causam transtornos à cidade, sendo frequente, tal como observa JOSÉ RENATO NALINI, em outros contextos, identificar o loteamento clandestino como uma comunidade de invasores (Direitos que a Cidade Esqueceu, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53).

Esse preconceito em relação as ocupações clandestinas de terra é bem percebido na manifestação que a ANOREG apresentou como *amicus curiae*. De acordo com aquela instituição não seria possível, como linha de princípio, admitir a usucapião de terras irregulares tendo em vista a supremacia do interesse público.

Mas referido posicionamento só faz sentido quando se parte da premissa de que toda ocupação irregular é contrária ao interesse público.

Ocorre que nem todas as ocupações irregulares são iguais.

TOLSTÓI, em célebre frase de Anna Karenina, afirma que *todas as famílias felizes se parecem; as infelizes são infelizes cada uma à sua maneira*. (Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/pp000003.pdf>. Acesso aos 8/6/2021).

Da mesma forma, conquanto se possa admitir que as ocupações regulares compartilham quase sempre as mesmas características, é preciso assinalar que as ocupações irregulares, são irregulares de diferentes maneiras. Pode ser, por exemplo, que uma determinada ocupação não respeite o módulo mínimo estabelecido em lei municipal, que ultrapasse o gabarito definido no Plano Diretor, que não observe as normas de segurança e salubridade, que prejudique o meio ambiente ou pode ser, simplesmente, que ela se verifique em local ainda não destinado pelo Poder Público para aquela finalidade específica.

Todas essas circunstâncias e muitas outras são suficientes para que se fale em ocupação irregular, mas nem todas, como se vê, atentam contra o interesse público ou contra a ordem urbanística.

O art. 182 da CF, vale lembrar, estabelece que *a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*.

Assim, levando-se em conta o comando constitucional, é preciso ter em mente que o Poder Público não faz favor nenhum quando promove a regularização de áreas ocupadas irregularmente. Muito pelo contrário, limita-se a desempenhar uma obrigação que lhe foi expressamente confiada pela CF. Admitindo-se que a regularização fundiária concorre para a segurança, saúde e bem estar da população e, bem assim, que esses são deveres essenciais do Estado, nada mais lógico do que concluir que a Administração Pública tem o dever de promover a regularização fundiária.

Nesse sentido, os arts. 9º e 10 da Lei n. 13.465/2017 não poderiam ser mais expressos:

Art. 9º Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

§ 1º Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.

§ 2º A Reurb promovida mediante legitimação fundiária somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes, na forma desta Lei, até 22 de dezembro de 2016.

Art. 10. Constituem objetivos da Reurb [Regularização Fundiária Urbana, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;

II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;

IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda;

V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;

VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;

VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;

VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;

X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;

XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;

XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

Em suma, não parece acertado assumir como linha de princípio que as ocupações irregulares do solo atentem, todas elas, contra o interesse público. Muito ao revés, o que atenta contra o interesse público é a inércia do Estado em promover e disciplinar a ocupação do solo.

No caso dos autos, essa omissão estatal é mais do que flagrante. A ocupação da área está sedimentada há décadas e contou com a anuência implícita do Poder Público, que fingiu não ter visto nada, tolerou durante todos esses anos e ainda providenciou a instalação de vários serviços e equipamentos públicos, como pavimentação de ruas, iluminação pública, linhas de ônibus, praça pública, posto do DETRAN; etc. Não por outro motivo, a região é conhecida como Setor Tradicional de Planaltina, o que bem denota a idade do parcelamento do solo.

Essa análise preliminar e superficial dos fatos parece mesmo indicar que a ocupação levada a efeito não atenta contra o interesse público ou contra a ordem urbanística. Muito pelo contrário, se a situação já está consolidada há tanto tempo, talvez seja mais razoável imaginar que o interesse público reside, precisamente, na manutenção desse estado de coisas.

Proporcionar o bem-estar é princípio constitucional que ninguém pode olvidar.

Em suma, não há nenhum motivo concreto para imaginar que a declaração de usucapião dos imóveis em testilha possa atrapalhar o processo de regularização fundiária da região.

A definição dos verdadeiros proprietários do solo configura, em hipóteses como a dos autos, o primeiro passo para o restabelecimento da ordem urbana, aplaudindo o bem-estar e a paz social.

Imagine-se, por exemplo, que o Distrito Federal tenha planejado a construção de uma escola ou um posto de saúde em determinada área do

Setor Tradicional de Planaltina, hoje ocupada por particulares de boa-fé. Nessa conjuntura, havendo necessidade de desapropriação, a indenização correspondente deve ser paga a quem de direito e não àquele que figura no Registro de Imóveis como o proprietário da terra.

Não parece mesmo justo que a indenização em caso de desapropriação seja paga ao proprietário do imóvel assim indicado no registro de imóveis, e não àquele que efetivamente o adquiriu por usucapião.

Aliás, o tal proprietário só tem lembrança, se é que tem, de que um dia possuiu aquele imóvel. Mera recordação.

Por outro lado, nas situações em que o imóvel esteja sendo eventualmente usado de forma contrária ao interesse público, o Poder de Polícia da Administração deve ser dirigido àquele que efetivamente se apresenta como dono do imóvel, e não àquele assim indicado no Registro de Imóveis.

Nesse mesmo sentido, o posicionamento de FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO:

Controverte a doutrina sobre questões atinentes a parcelamentos do solo clandestinos, ocupação de áreas de mananciais e de proteção ambiental, de risco ou inadequadas para moradias. **É preciso entender, porém, que eventuais ilegalidades dizem respeito à ocupação do solo, e não à declaração de propriedade.**

Parece pouco lógico que se negue a usucapião, mas se mantenham as posses sobre imóveis irregulares, perpetuando situação de incerteza. A usucapião não gera a ocupação irregular do solo, mas apenas é o primeiro passo para futura reurbanização. (Código Civil Comentado Coord. Min. Cezar Peluso, 5ª ed. São Paulo: Manole, 2011. p. 1.231 – sem destaque no original).

Sob essa perspectiva, a declaração da usucapião, ao contrário do que alegado pelo Ministério Público Federal, pode revelar-se, de extrema utilidade para o restabelecimento de uma situação de regularidade na ocupação urbana, imprimindo a dignidade humana e dando ensejo à compreensão de que o capital pode e deve ser humanista.

No dizer de RICARDO SAYEG e WAGNER BALERA:

O Capitalismo Humanista é regime jus-econômico correspondente à evolução do Capitalismo Liberal excludente rumo ao Capitalismo inclusivo, com a observância dos Direitos Humanos, edificada na dimensão econômica dos Direitos Humanos, na qual se reconhece o direito de propriedade privada e liberdade

econômica, apto a garantir a todos acesso a níveis dignos de subsistência; e assim, superando o mito da neutralidade ontológica entre essas duas categorias (Capitalismo e Direitos Humanos). (Fator CapH. *O Capitalismo Humanista. A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2019. pp. 29/30).

GOFFREDO TELES JÚNIOR, da mesma forma, ensina que pelas liberdades democráticas, o mandamento de dar a cada um o que é seu é substituído por um novo mandamento: o de dar a todos um pouco do que é seu (RAYMOND POLIN, “*A Obrigação Política*”. *Cap. IV, p. 4*, in “Que são, afinal, os Direitos Humanos”. *Revista do Advogado* n. 3, Ano, I, p. 12).

Assim, se pode prestigiar a dignidade humana, a boa-fé e a função social da propriedade.

Não se afirma, é importante frisar, que a usucapião constitui meio adequado para promover a regularização de loteamento clandestino.

Conforme dito anteriormente, as dimensões jurídica, urbanística e registral da ocupação não se confundem. Sabe-se que o loteamento não se tornará regular pelo simples fato de a propriedade dos bens imóveis que o integram ter sido declarada judicialmente. Uma coisa, repita-se, é o direito de propriedade, outra coisa, distinta, é a utilização que se faz dessa propriedade.

Nada obstante, a declaração da prescrição aquisitiva pode ser o primeiro passo para restabelecer a regularidade da ocupação urbana, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana que pode e deve ser feliz.

E o STJ deve honrar a cidadania.

(4) Competência para os atos de regularização fundiária urbana

Em seu recurso especial, o Ministério Público ainda alegou que seria atribuição exclusiva do Poder Administrativo Distrital promover a regularização fundiária urbana.

Fizesse-o! Mas é preferível fazer de conta que não se viu nada, jogar de lado, catimbar ou empurrar com a barriga.

Referida alegação, como bem identificado pelo Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, não veio amparada em indicação de ofensa a algum dispositivo de lei federal e tampouco foi invocado dissídio pretoriano quanto ao tema. Sob essa perspectiva, merece aplicação, portanto, a Súmula n. 284 do STF.

Seja como for, a questão parece superada ante a constatação de que o reconhecimento da usucapião, conforme indicado anteriormente, não configura regularização fundiária, mas simples reconhecimento da propriedade.

Em retrospectiva, tem-se o seguinte:

a) O registro na sentença de usucapião não foi mencionado pelas normas constitucionais e legais como requisito para a caracterização da prescrição aquisitiva, a qual se funda, essencialmente, na posse *ad usucapionem* e no decurso do tempo;

b) O art. 10 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) admite usucapião coletiva de núcleos urbanos informais,

c) O STF, no julgamento do RE n. 422.349, assentou que a lei não pode criar requisitos estranhos àqueles previstos no art. 183 do CF para o reconhecimento da usucapião e, implicitamente, admitiu a declaração de usucapião de área não regularizada;

d) Os arts. 1.238 e 1.241 do CC/02, ao afirmarem que a sentença de usucapião servirá como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis, não condicionam, nem a aquisição da propriedade, nem o ajuizamento da ação, nem a prolação da sentença de usucapião ao registro dessa mesma sentença no Cartório de Registro de Imóveis;

e) A prescrição aquisitiva é forma originária de aquisição da propriedade e a sentença judicial que a reconhece tem natureza meramente declaratória;

f) Não se deve confundir o direito de propriedade declarado pela sentença de usucapião (dimensão jurídica) com a certificação e publicidade que emerge do registro (dimensão registrária) ou com a regularidade urbanística da ocupação levada a efeito (dimensão urbanística);

g) Em muitas situações de ocupação urbana irregular, o acertamento da propriedade do bem imóvel pela declaração de usucapião pode ser o primeiro passo para o restabelecimento da ordem urbanística;

h) A jurisprudência majoritária dos tribunais estaduais consultados entende não haver obstáculo processual ao ajuizamento de demanda com o objetivo de usucapir imóvel situado em loteamento irregular;

i) Não existe, no STJ, precedentes interditando o reconhecimento da propriedade pela usucapião de imóveis não regularizados;

j) A ANOREG admitiu a usucapião, porque a área foi loteada pelo Município de Planaltina de Goiás antes da criação do DF e a sua conformação

está sedimentada e mapeada, o que até permite a Administração Regional emitir certidões de regularização; e

k) desde o Código de Hamurabi se reconhece o direito à propriedade.

Por tudo isso, parece inadequado extinguir prematuramente as ações de usucapião relativas aos imóveis situados no Setor Tradicional de Planaltina com fundamento no art. 485, VI, do NCPC em razão de uma suposta ausência de interesse de agir ou de uma suposta falta de condição de procedibilidade da ação.

Nessas condições, pelo meu voto, *nego provimento* ao recurso especial, mantida, para efeito dos arts. 1.036 do NCPC e 256-H do RISTJ, a tese jurídica fixada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal: *É cabível a aquisição de imóveis particulares situados no Setor Tradicional de Planaltina/DF, por usucapião, ainda que pendente o processo de regularização urbanística.*

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: De início, cumprimento o ilustre procurador pela sustentação muito clara que produziu e também o eminente Relator pelo ilustrado voto a que adiro, ultrapassada a preliminar do não cabimento do IRDR.

A preliminar gravita o fato de o IRDR ter sido suscitado de ofício pelo Magistrado de Primeiro Grau, sem estar vinculado a um processo específico, com partes definidas e com contraditório estabelecido.

Já o recurso especial, foi suscitado pelo Ministério Público Federal, também sem representação dos legitimados na lide.

O em. Ministro Relator afasta a alegada questão prejudicial, destacando que, *“não apenas foi admitido, como efetivamente julgado, sendo certo que o especial ora sob apreciação foi manejado contra o acórdão que decidiu o próprio mérito daquele recurso ou daquele incidente”* e que *“o Ministério Público, nas razões do apelo nobre, deixou de alegar que o IRDR era incabível por não estar vinculado a um processo específico, não há como examinar essa questão, de ofício, agora neste grau recursal, tendo em vista o princípio constitucional da inércia da jurisdição”*.

Todavia, sobre essa questão preliminar referida no voto, penso que não se pode invocar a inércia inicial justamente para preservar o julgamento do caso, no qual especificamente violação aquele princípio, pois, aqui não se tem nem a possibilidade de falar em preclusão porque, a meu ver, não há partes, e a preclusão se dá contra as partes.

Quanto ao mérito, concordo que a existência prévia de matrícula ou de outro registro imobiliário não é requisito para a ação de usucapião. Desde que o imóvel seja suscetível de ser adquirido por particular, a meu ver, é possível tratar de usucapião.

Faço apenas uma observação ao que consta da ementa no que se refere à sentença da usucapião de que teria natureza meramente declaratória, quando, na verdade, tem também aspecto constitutivo, pois possui evidente dimensão instituidora da condição de proprietário, de forma originária, para aquele em favor de quem é prolatada a decisão

Faço essa observação relativamente ao relevante ponto que, equivocadamente, *data venia*, consta da ementa.

No mais, estou acompanhando o cuidadoso e detalhado voto do eminente Relator, *Ministro Moura Ribeiro*.

É o voto.

