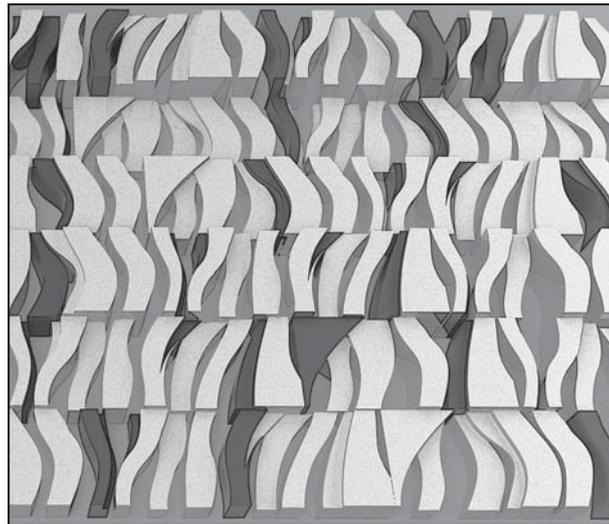


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 270 - TOMO 1
ANO 35
ABRIL/MAIO/JUNHO 2023

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Raul Araújo

Juiz Auxiliar

Marcos Mairton da Silva

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 RAUL ARAÚJO

Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Presidente*)
Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes** (*Vice-Presidente*)
Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto
Ministra Fátima **Nancy Andrichi**
Ministra **Laurita Hilário Vaz**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins**
Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**
Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Corregedor Nacional de Justiça*)
Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques** (*Diretor-Geral da ENFAM*)
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Raul Araújo** Filho (*Diretor da Revista*)
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**
Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**
Ministra **Regina Helena Costa** (*Ouvidora*)
Ministro **Rogério Schietti** Machado **Cruz** (*Ouvidor Substituto*)
Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**
Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**
Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**
Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**
Ministro **Joel Ilan Paciornik**
Ministro **Messod Azulay** Neto
Ministro **Paulo Sérgio Domingues**

Resolução n. 26/2020-STJ, art. 3º.

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

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Presidente*)

Ministro **Og Fernandes** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

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

Ministro **Sérgio Kukina** (*Presidente*)

PRIMEIRA TURMA (Sessões às 1ª, 2ª, 3ª e 4ª terças-feiras do mês)

Ministro **Paulo Sérgio Domingues** (*Presidente*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

SEGUNDA TURMA (Sessões às 1ª, 2ª, 3ª e 4ª terças-feiras do mês)

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

Ministro **Francisco Falcão**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministra **Assusete Magalhães**

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

Ministro **Antonio Carlos Ferreira** (*Presidente*)

TERCEIRA TURMA (Sessões às 1ª, 2ª, 3ª e 4ª terças-feiras do mês)

Ministro **Villas Bôas Cueva** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Moura Ribeiro**

QUARTA TURMA (Sessões às 1ª, 2ª, 3ª e 4ª terças-feiras do mês)

Ministro **Raul Araújo** (*Presidente*)

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

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

Ministro **Ribeiro Dantas** (*Presidente*)

QUINTA TURMA (Sessões às 1ª, 2ª, 3ª e 4ª terças-feiras do mês)

Ministro **Messod Azulay Neto** (*Presidente*)

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Ministro **João Batista Moreira***

SEXTA TURMA (Sessões às 1ª, 2ª, 3ª e 4ª terças-feiras do mês)

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidente*)

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Jesuíno Aparecido Rissato***

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

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Gurgel de Faria**

COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES

Ministra **Assusete Magalhães** *(Presidente)*

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Moura Ribeiro**

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Presidente*)

Ministro **Og Fernandes** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** (*Vice-Corregedor*)

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Moura Ribeiro**

Membros Suplentes

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

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

Ministro **Raul Araújo** (*Vice-Diretor*)

Ministro **Og Fernandes** (*Diretor do CEJ/CJF*)

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Benedito Gonçalves** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Raul Araújo** (*Efetivo*)

Ministra **Isabel Gallotti** (*1º Substituto*)

Ministro **Antonio Carlos Ferreira** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

CORTE ESPECIAL 25

- AgRg na PET na Apn n. 986-DF - Rel. Min. Og Fernandes27
Medida cautelar - Ação penal em curso - CPP, arts. 3º e 282, § 3º - Crime de corrupção passiva - Crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores - Desembargador - Afastamento cautelar - Ocorrência - Pedido de aposentadoria voluntária - Suspensão - Possibilidade - Resolução n.135/2001-CNJ.
- EREsp n. 1.795.527-RJ - Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes..... 49
Tutela antecipada - Autor - Falecimento - *Astreintes* - Transmissibilidade aos herdeiros - Cabimento - CPC, arts. 536, § 3º, e 537.

PRIMEIRA SEÇÃO 109

- CC n. 187.276-RS - Rel. Min. Gurgel de Faria..... 111
Competência - CF/1988, art. 109, I - Dispensação de medicamento fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS) - Juízo de direito de juizado especial cível estadual - Litisconsórcio passivo necessário - União - Inexistência - Súmulas n.150-STJ e 254-STJ.
- EREsp 1.695.521-RS - Rel. Min. Benedito Gonçalves 157
Embargos de divergência em recurso especial - Acórdão embargado - Voto condutor que não aprecia o mérito do recurso especial - Súmula n.315-STJ.
- REsp n. 1.959.550-RS - Rel. Min. Regina Helena Costa..... 171
Seguro-desemprego - Trabalhador formal - Lei n. 7.998/1990 - Prazo máximo para requerimento - Ato infralegal - Fixação - Legalidade - Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

PRIMEIRA TURMA 183

- AREsp n. 1.784.065-GO - Rel. Min. Benedito Gonçalves 185
Ação de cobrança - Polo passivo - Sociedade de economia mista prestadora do serviço público de energia elétrica - Atividade econômica com fins lucrativos e natureza concorrencial - Não Configuração - Prescrição quinquenal - Inaplicabilidade.
- RMS n. 62.330-MS - Rel. Min. Gurgel de Faria.....203
Concurso público - Critério não previsto no edital inaugural - Nota de corte - Alteração superveniente retroativa - Impossibilidade - Princípio da legalidade - Princípio da segurança jurídica - Princípio da vinculação ao edital - Princípio da isonomia - Princípio da boa-fé.
- RMS n. 69.232-MG - Rel. Min. Sérgio Kukina.....208
Diretor de escola estadual - Cargo administrativo de livre exoneração - Cargo em comissão - Caracterização - Permanência no cargo - Direito líquido e certo - Ausência - Poder administrativo discricionário.
- REsp n. 1.436.544-RS - Rel. Min. Sérgio Kukina.....213
Programa de Integração Social (PIS) - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Credito presumido - Aproveitamento de créditos - Impossibilidade - Aquisição de insumos - Nota fiscal sem aposição da expressão “com suspensão de PIS/COFINS” - CTN, art. 97, VI - Lei n. 10.925/2004, arts. 8º e 9º.
- REsp n. 1.836.082-SE - Rel. Min. Regina Helena Costa.....230
Programa de Integração Social (PIS) - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Não incidência - Aquisição por varejista de produtos para revenda - Desconto concedido pelo fornecedor - Contraprestação condicionada à compra e venda - Irrelevância.
- REsp n. 1.979.141-AC - Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues258
Servidor público - Carreira do Magistério Federal Superior - Afastamento para desempenho de mandato eletivo - Avaliação de desempenho funcional - Exigência para progressão funcional - Afastamento - Possibilidade - Lei n. 8.112/1990, arts. 94 e 102, V - Repercussão Geral - Tema 439.
- REsp n. 2.059.550-SP - Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues272
Licitação - Retomada - Obrigatoriedade - Acórdão recorrido - Excesso decisório

- Decote - Concorrência internacional - Contrato de parceria público-privada (PPP) - Anulação - Julgamento *extra petita* - Configuração.

SEGUNDA TURMA 305

AREsp n. 1.407.773-RJ - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	307
Ação civil pública - Inversão do ônus da prova - Dano - Extensão - Apuração em sede de liquidação - Possibilidade - Dano ambiental - Responsabilidade civil - Caracterização - Despejo de esgoto <i>in natura</i> em águas pluviais - Princípio do contraditório - Princípio do devido processo legal - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não ocorrência - Princípio do <i>in dubio pro natura</i> - Princípio da precaução - Súmula n. 618-STJ.	
AgInt no RMS n. 64.215-MG - Rel. Min. Humberto Martins	343
Recurso em Mandado de segurança - Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - Determinação de vedação ao nepotismo - Execução administrativa - Configuração - Ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> - Corregedor-Geral de tribunal de justiça - Provimento n. 77/2018-CNJ.	
AgInt no RMS n. 70.020-SE - Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....	349
Servidor público estadual - Auxílio-alimentação - Pagamento a servidor afastado - Impossibilidade - Licença para exercer mandato classista - Limite de dispensa de servidores - Possibilidade - Poder discricionário.	
RMS n. 33.544-PE - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	356
Servidor público estadual - Demissão - Anulação - Lei n. 6.123/1968(PE), art. 204, II - Pretensão punitiva administrativa - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo anterior - Nulidade - Reintegração ao serviço público - Efeitos financeiros - Termo inicial - Impetração do mandado de segurança.	
RMS n. 69.678-BA - Rel. Min. Mauro Campbell Marques	383
Serventia cartorária - Lei n. 8.935/1994, arts. 20, § 5º, e 39, § 2º e art. 2º do Provimento 77, do CNJ - Inaplicabilidade - Substituto de cartório - Assunção da titularidade - Inviabilidade - Titular de cartório - Investidura - Nulidade.	
REsp n. 525.625-RS - Rel. Min. Francisco Falcão.....	389
Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Base de cálculo pré-fixada inferior à presumida - CTN, art. 166 - Inaplicabilidade - Imposto pago a mais - Restituição da diferença do valo pago - Repercussão geral - Tema 201 - Substituição tributária para frente.	

REsp n. 2.075.903-SP - Rel. Min. Francisco Falcão 431
Imposto sobre Serviços (ISS) - Incidência - Exportação de serviços - Não
caracterização - Lei Complementar n. 116/2003, art, 2º, parágrafo único - Serviço
de exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações
de produtos farmacêuticos e medicamentos para pessoa jurídica no exterior -
Tomador de serviços - Contratação - Serviços desenvolvidos no território nacional.

SEGUNDA SEÇÃO 441

EAREsp n. 1.542.609-RS - Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão 443
Embargos de divergência - Não conhecimento - Similitude fática - Acórdãos
confrontados - Inexistência - Usucapião - Interrupção pela citação - Ação
petitória.

TERCEIRA TURMA 483

HC n. 823.878-SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva 485
Prisão civil - Afastamento - Possibilidade - Alimentando - Atingimento da
maioridade civil - Exercício de atividade remunerada - Débito alimentar -
Caráter emergencial - Inexistência - Intervenção de terceiros - Não cabimento
- Risco alimentar - Ausência.

REsp n. 1.899.732-PR - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 493
Recurso adesivo - Apelação adesiva - Interposição - Cabimento - CPC, art. 997
- Prazo para interposição do recurso principal - Renúncia expressa.

REsp n. 2.018.788-RS - Rel. Min. Moura Ribeiro 501
Ação indenizatória - Caso fortuito externo - Configuração - CLT, art.
442-B - Crime de roubo contra motorista de aplicativo - Fato de terceiro -
Caracterização - Responsabilidade civil - Empresa gerenciadora do aplicativo
- Impossibilidade.

REsp n. 2.037.088-SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 516
Ação de produção antecipada de provas - CPC, art. 381, incisos II e III, e 382,
§ 4º - Interpretação literal - Não cabimento - Processo civil constitucional -
Princípio do contraditório - Observância.

REsp n. 2.038.495-GO - Rel. p/ acórdão Min. Humberto Martins 531
Contrato de parceria rural agrícola - Registro posterior ao da cédula de produto
rural - Afetação sobre terceiros - Impossibilidade - Decreto n. 59.566/1966, art.
56 e art. 422, CC - Penhor sobre grãos - Princípio da boa-fé objetiva.

REsp n. 2.044.569-GO - Rel. Min. Nancy Andrighi	549
Embargos à execução - CPC, art. 142 - Julgamento <i>citra petita</i> - Não ocorrência - Negócio jurídico dissimulado - Aproveitamento - Impossibilidade - Princípio da congruência - Pagamento de propina a servidor público - Negócio jurídico simulado - Configuração.	
REsp n. 2.063.132-SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....	602
Seguro de pessoas da área de segurança pública - Atividade laboral - Observância - CC/2002, art. 206, § 1º, II, “b” - Indenização securitária - Cobertura de Diária de Incapacidade Temporária - Cabimento - Prescrição - Termo inicial - Ciência do segurado a respeito da recusa da cobertura - Súmula n. 229-STJ - Afastamento.	
REsp n. 2.069.446-SP - Rel. Min. Moura Ribeiro	620
Ação de regresso - Ato ilícito praticado por codevedor - Subtração de bens mantidos em cofre de banco - CC/2002, art. 285 - Indenização - Ressarcimento integral pelo codevedor - Cabimento - Relação obrigacional solidária - Fase interna - Observância - Solidariedade comum - Afastamento.	

TOMO 2

QUARTA TURMA.....	635
AgInt no REsp n. 2.003.513-GO - Rel. Min. João Otávio de Noronha.....	637
Plano de recuperação judicial - Credor que não participou da votação ou dele não anuiu - Garantias reais e fidejussórias - Supressão, pela assembleia geral, sem anuência do credor - Impossibilidade - Lei n. 11.101/2005, art. 49, § 2º - Técnica de superação ou <i>overruling</i> - Aplicabilidade.	
REsp n. 1.402.929-DF - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	642
Indenização - Improcedência - Fabricante - Dever de informação na bula - Ocorrência - Produto de periculosidade inerente - Configuração - Produto defeituoso - Não caracterização - Teoria do risco da atividade ou empreendimento - Inaplicabilidade - Uso de medicamento - Reação adversa desencadeada - Síndrome de Stevens-Johnson.	
REsp n. 1.514.567-SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	666
Empresa familiar - Penhora de quotas de sociedade familiar - Bem de família - Residência familiar - Comprovação - Necessidade - Imóvel registrado em nome de pessoa jurídica.	

REsp n. 1.799.625-SP - Rel. Min. Marco Buzzi	692
Usucapião especial urbana - CC/2002, arts. 1.239, 1.240 e 1.243 - CF/1988, arts. 183 e 191 - Lei 10.257/2001 - Instituto da <i>accessio possessionis</i> - Inaplicabilidade - Posse coincidente com a celebração do compromisso de compra e venda - Prescrição aquisitiva - Não ocorrência.	
REsp n. 1.812.987-RJ - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	708
Ação de reintegração de posse - Descabimento - CPC, art. 485, IV - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Imóvel alugado - Retomada da posse direta - Lei n. 8.245/1991, art. 5º, <i>caput</i> .	
REsp n. 1.833.445-RJ - Rel. Min. João Otávio de Noronha.....	717
Falência - Efeitos - Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 6º e 14, parágrafo único - Princípio da autonomia patrimonial da sociedade comercial - Responsabilidade subsidiária - Observância - Sócios diretores, administradores e responsáveis - Anotação de nomes em cartório extrajudicial - Impossibilidade.	
REsp n. 1.987.774-CE - Rel. Min. Luis Felipe Salomão	731
Execução - Título executivo extrajudicial - Embargos à execução - Oposição - Obrigatoriedade - Excesso de execução - Necessidade de dilação probatória.	
REsp n. 2.025.757-SE - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....	745
Ação monitória - Réu - Falecimento antes do ajuizamento - CPC, art. 329, I - Petição inicial - Emenda - Possibilidade - Polo passivo - Inclusão do espólio ou herdeiros.	
REsp n. 2.037.094-PR - Rel. Min. Raul Araújo.....	750
Ação indenizatória - Ajuizamento - Prazo prescricional trienal - Termo inicial - Plena ciência da lesão e de sua extensão - CC/2002, art.189 - Massa falida - Ex-síndico - Má administração - Princípio da <i>actio nata</i> - Vertente subjetiva - Aplicabilidade - Terceiros - Prejuízo - Inexistência.	
REsp n. 2.059.278-SC - Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo	779
Execução por dívida condominial - Alienação fiduciária - CC/2002, art.1.345 - Exequente - Condomínio edilício - Penhora do próprio imóvel - Possibilidade.	
REsp n. 2.069.914-DF - Rel. Min. Marco Buzzi	803
Responsabilidade civil objetiva - Hospital - Configuração - Concausa da condição inerente ao prematuro - Afastamento - Fato exclusivo do consumidor ou de terceiro - Não comprovação - Recém-nascido - Infecção hospitalar - Sequelas irreversíveis - Nexo de causalidade - Teoria da causalidade adequada.	

TERCEIRA SEÇÃO 829

REsp n. 1.970.217-MG - Rel. Min. Ribeiro Dantas 831
Livramento condicional - CP, art. 83, III, a - Requisito subjetivo - Bom comportamento - Período de aferição - Todo histórico prisional.

QUINTA TURMA..... 843

AgRg no AREsp n. 2.279.911-PR - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... 845
Habeas corpus - Concessão de ofício - Não cabimento - Recurso Especial - Indicação do dispositivo de lei federal tido como violado - Necessidade - Súmula n.284-STF.

AgRg no AREsp n. 2.291.509-MG - Rel. Min. Messod Azulay Neto..... 852
Crime de furto - Cometimento durante execução de pena - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Reiteração delitiva - Ocorrência.

AgRg no HC n. 824.032-SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca 862
Prisão preventiva - Manutenção - Garantia da ordem pública - Necessidade - Guia de execução provisória - Expedição - Ocorrência - Pequeno traficante - Não configuração - Regime prisional semiaberto - Fixação - Possibilidade - Reiteração delitiva - Configuração.

AgRg no RHC n. 168.122-RS - Rel. Min. João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) 873
Crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores - Autoria ou participação - Indícios insuficientes - Contrato falso de serviços de consultoria - Pagamento a ser transferido a servidor público - Denúncia - Inépcia - Lei n. 9.613/1998, art. 1º - Responsabilidade penal objetiva - Vedação.

AgRg no REsp n. 2.029.732-MS - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... 881
Indenização reparatória - Fixação de valor mínimo - Possibilidade - CPC, art. 509, II - CPP, arts. 63, parágrafo único e 387, IV - Dano psíquico na vítima - Dano moral - Caracterização - Instrução probatória específica - Desnecessidade - Petição inicial - Pedido expresso - Ocorrência.

HC n. 822.947-GO - Rel. Min. Ribeiro Dantas 898
Crime de tráfico privilegiado - Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) - Ministério Público - Avaliação da proposta - Necessidade - Denúncia - Descrição fática imperfeita - Caracterização - Excesso de acusação - *Overcharging* -

Ocorrência - Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º - Princípio *in dubio pro reo* - Texto penal - Texto polissêmico - Interpretação restritiva.

RMS n. 69.360-SP - Rel. Min. Messod Azulay Neto..... 922

Sequestro de bem - Levantamento - Cabimento - CPP, art. 131, I - Denúncia - Não oferecimento - Inquérito policial inconcluso há cinco anos.

SEXTA TURMA 931

AgRg no AREsp n. 2.083.994-PR - Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR)..... 933

Prescrição da pretensão executória - Exame - Impossibilidade - Ação penal em curso - Novo delito - Ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não ocorrência - Reincidência - Não caracterização.

AgRg no AREsp n. 2.209.657-SP - Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR)..... 937

Regime prisional - Agravamento - Possibilidade - Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Ocorrência - CP, art. 33, §§ 2º e 3º - Reconhecimento fotográfico e pessoal - Inobservância do procedimento legal - Distinguishing - Ausência de nulidade.

AgRg nos EDcl no HC n. 806.955-RS - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz..... 944

Audiência de instrução - Nulidade - CPP, art. 573 - Juiz de Direito - Poderes instrutórios - Violação do sistema acusatório - Vício processual - Ocorrência - Ministério Público - Ausência - Preclusão - Não ocorrência.

HC n. 663.710-SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 956

Prova insuficiente - Ocorrência - CPP, art. 226 - Princípio da presunção de inocência - Reconhecimento de pessoas e coisas - Participação como *dublê* ou *filler* - Réu - Absolvição - Necessidade - *Standard* probatório mínimo - Ausência.

HC n. 704.718-SP - Rel. Min. Laurita Vaz..... 976

Crime de latrocínio - Desclassificação - Impossibilidade - Concausa preexistente relativamente independente - Configuração - Crime - Motivação inidônea - Caracterização - Doença cardíaca - Causa exclusiva - Impossibilidade - Sistema da persuasão racional - Teoria da equivalência das condições - Teoria da imputação objetiva - Vítima maior de 80 (oitenta) anos - Agressão severa - Ocorrência.

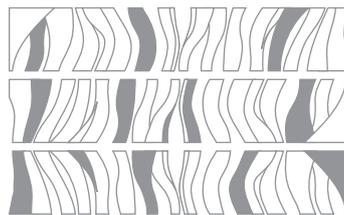
HC n. 706.365-RJ - Rel. Min. Laurita Vaz	997
Habeas corpus - Concessão - Crime de roubo - Concurso material - Crime de estupro - Paciente - Absolvição - Necessidade - Reconhecimento fotográfico - Interferência direta de agentes estatais - Ocorrência - Art. 226, CPP - Inobservância - Teoria da perda de uma chance probatória - Vítima - Depoimento em juízo - Inconsistências substanciais - Configuração.	

ÍNDICE ANALÍTICO	1015
-------------------------------	-------------

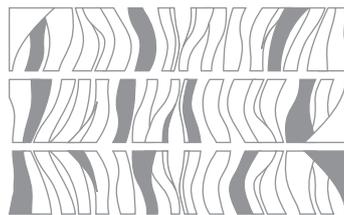
ÍNDICE SISTEMÁTICO	1049
---------------------------------	-------------

SIGLAS E ABREVIATURAS	1055
------------------------------------	-------------

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1061
--	-------------



Jurisprudência



Corte Especial

**AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO NA AÇÃO PENAL N. 986-DF
(2021/0000036-5)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Ilona Marcia Reis

Advogado: Fábio Periandro de Almeida Hirsch - BA017455

Agravado: Ministério Público Federal

Interes.: Marcelo Junqueira Ayres Filho

Advogados: Sebastian Borges de Albuquerque Mello - BA014471

Maurício Baptista Lins - BA018411

Liana Novaes Montenegro - BA025723

Marcelo Marambaia Campos - BA019523

Caio Mousinho Hita - BA043776

Pedro Ravel Freitas Santos - BA048995

Interes.: Fabricio Boer da Veiga

Advogados: Lucas Resende Rocha Júnior - DF014240

Marcus Vinicius Aguiar Faria - BA031252

Jonathan de Alcântara Fraires Nascimento - BA056006

Interes.: Julio Cesar Cavalcanti Ferreira

Advogado: Fábio Basílio Lima de Carvalho - BA022757

EMENTA

Processual Penal. Ação penal originária. Organização criminosa, corrupção ativa e lavagem de capitais. Desembargadora afastada do cargo. Suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária. Possibilidade. Risco de esvaziamento da decisão cautelar de afastamento do cargo. Necessidade de preservação dos efeitos futuros de eventual condenação criminal. Desnecessidade de intimação prévia da parte contrária para a decretação da medida. Art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal. Inexistência de usurpação da competência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para apreciar o pedido de aposentadoria. Medida decretada como desdobramento do afastamento do cargo. Impossibilidade de prosseguimento do pedido de aposentadoria quando o magistrado responde a procedimento

que pode ensejar a cassação ou perda do cargo. Art. 27 da Resolução CNJ n. 135/2011. Norma que reforça o cabimento da suspensão do processo de aposentadoria voluntária. Ilegalidade não configurada.

1. A agravante, denunciada nesta ação penal, foi afastada cautelarmente do cargo pelo prazo inicial de 1 ano, e a medida foi prorrogada por este colegiado, estando em vigor, atualmente, até fevereiro de 2024.

2. No mesmo mês do oferecimento da denúncia, a agravante requereu ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia a concessão de aposentadoria voluntária, dando ensejo à instauração do Processo n. TJ-ADM-2021/01273, tendo o Ministério Público Federal pleiteado que o deferimento do pedido fosse obstado, o que foi deferido por este Relator.

3. A ação penal está em estágio inicial, razão pela qual a concessão da aposentadoria, com a conseqüente vacância do cargo, faria cessar a prerrogativa de foro da agravante nesta Corte Superior de Justiça, ensejando o declínio da competência para a Justiça estadual da Bahia.

4. Embora a remessa dos autos à primeira instância não acarrete, por si só, o encerramento da persecução criminal, que apenas prosseguiria em outro juízo, as particularidades que envolvem este caso indicam que o pedido de aposentadoria formulado pela agravante constitui aparente manobra para protelar a marcha processual e dificultar a entrega da prestação jurisdicional.

5. Além da proteção da ordem pública, a medida também almeja assegurar a aplicação da lei penal, notadamente o efeito específico da condenação concernente à perda do cargo, previsto no art. 92, I, do Código Penal, pois a efetivação da aposentadoria após a prática do crime com violação de dever funcional obsta, no caso de eventual condenação, a aplicação do efeito da perda do cargo, devido à ausência de expressa previsão legal quanto à possibilidade de cassação da aposentadoria como efeito específico da condenação. Precedentes do STJ e do STF.

6. O art. 282, § 3º, da Lei Penal Adjetiva permite a decretação das medidas cautelares diversas da prisão sem a prévia manifestação da parte contrária quando há urgência ou risco de ineficácia, exatamente como na hipótese que ora se examina, em que a manutenção do curso

do processo de aposentadoria voluntária acarretaria a mudança da competência para processar e julgar a presente ação penal e frustraria o efeito da condenação concernente à perda do cargo.

7. Não procede a alegação de que a suspensão do processo administrativo de aposentadoria não poderia ser determinada diante da inexistência de previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, pois se trata de desdobramento da cautelar de afastamento do cargo, não configurando medida atípica.

8. Ainda que assim não fosse, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal e de acordo com a teoria dos poderes implícitos e do poder geral de cautela do magistrado, é possível a imposição de medidas cautelares atípicas como forma de dar efetividade às decisões judiciais. Precedentes.

9. Não se pode cogitar, também, de usurpação da competência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para deliberar sobre o pedido de aposentadoria, eis que a suspensão, como dito, é desdobramento da cautelar de afastamento do cargo, determinada para preservar os efeitos futuros de eventual sentença condenatória a ser proferida na presente ação penal.

10. A possibilidade de suspensão do processo de aposentadoria voluntária é reforçado pelo fato de que a medida é obstada até mesmo quando o magistrado responde a procedimento administrativo perante o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (art. 27 da Resolução CNJ n. 135/2011). Precedente do STF.

11. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 28.4.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo regimental interposto por *Iloná Márcia Reis* contra decisão de fls. 197-200, por meio da qual foi determinada a suspensão do Processo Administrativo n. TJ-ADM-2021/01273, relativo à sua aposentadoria voluntária.

A agravante sustenta que não teria sido intimada para se manifestar sobre o pedido de suspensão formulado pelo Ministério Público Federal, o que violaria o princípio do contraditório prévio, previsto no art. 7º do Código de Processo Civil, aplicável analogicamente ao processo penal, por força do art. 3º da Lei Processual Penal.

Afirma que, para evitar a prolação de decisões surpresas, deveria ter sido ouvida antes da prolação da decisão agravada, nos termos do art. 9º do Código de Processo Civil.

Argumenta que, de acordo com o art. 10 da Lei Processual Civil, seria vedada a prolação de decisão que adote fundamento de fato ou de direito sem que antes tenha sido oportunizada a manifestação das partes.

Entende que, no caso, não haveria qualquer risco de demora que impedisse a sua intimação antes da análise do requerimento ministerial.

Pondera que, diante do princípio da legalidade estrita, não haveria poder geral de cautela no Código de Processo Penal, inexistindo previsão legal para a suspensão de processo administrativo de aposentadoria em trâmite perante outro tribunal, com o intuito de garantir um dos efeitos de eventual condenação penal.

Considera que a alegação de que a aposentadoria teria sido requerida para que os autos fossem remetidos ao primeiro grau de jurisdição, evitando a aplicação da lei penal, constituiria ofensa gravíssima contra a magistratura baiana.

Acrescenta que a denúncia nem sequer teria sido recebida, razão pela qual não poderia ser mantida na função para, em caso de eventual condenação, além da pena corporal, ser-lhe aplicada a sanção de perda do cargo.

Destaca que, caso o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia entenda que faz jus à aposentadoria e lhe conceda o benefício, tal fato não esvaziaria a jurisdição penal ou obstaría a aplicação de sanção, já que a perda do cargo seria apenas um dos efeitos da condenação, mas não o único ou o principal deles.

Pontua que, se vier a se aposentar, a declinação da competência seria uma consequência natural do ordenamento jurídico vigente, não podendo ser impedida de exercer um direito assegurado constitucionalmente simplesmente por não se concordar com esta opção legislativa.

Ressalta que, além de se tratar de decisão carente de fundamentação que determinou a decretação de medida cautelar atípica, teria se imiscuído em matéria a ser apreciada por outro tribunal.

Nesse sentido, aduz que, de acordo com o art. 84, XIX, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a questão relativa ao seu pedido de aposentadoria deveria ser deliberada, exclusivamente, pela referida Corte, sob pena de afronta ao seu poder de autogoverno.

Assevera que, por não se estar diante de omissão do legislador, mas da opção legislativa de não se incluir a vedação à aposentadoria dentre as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, não seria possível a aplicação analógica do art. 27 da Resolução CNJ n. 135/2011, que prevê que “o magistrado que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar só terá apreciado o pedido de aposentadoria voluntária após a conclusão do processo ou do cumprimento da penalidade”.

Destaca que o referido dispositivo vedaria a concessão de aposentadoria nas situações em que o pedido teria por objetivo evitar a apuração disciplinar, situação não verificada na espécie, já que, uma vez concedida a aposentadoria, a persecução criminal terá seguimento normal, ainda que em outro grau de jurisdição.

Sublinha que a decisão agravada afrontaria o direito fundamental à aposentadoria, previsto nos arts. 7º, XXIV, e 40 da Constituição Federal, usurpando o poder-dever do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia de examinar se a sua integrante tinha ou não direito a tal prestação previdenciária.

Por fim, observa que, apesar de não desconhecer a existência de precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, o julgado deveria ser analisado criticamente, notadamente por não possuir efeito vinculante e não refletir o entendimento de todos os ministros que compunham o colegiado à época do julgamento.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo para que seja revogada a suspensão do processo administrativo de sua aposentadoria, tombado sob o n. TJ-ADM-2021/01273.

O Ministério Público Federal apresentou contraminuta ao agravo às fls. 1.197-1.211, afirmando, inicialmente, que a medida cautelar impugnada constituiria expressão do poder geral de cautela no interesse do processo penal, passível de ser exercido mesmo *inaudita altera parte*, especialmente em questões urgentes, como a presente.

Assevera que o poder geral de cautela do juízo criminal decorreria do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, do princípio da vedação à proteção estatal insuficiente dos direitos fundamentais e do art. 297 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal por autorização expressa do art. 3º do Código de Processo Penal.

Argumenta que houve a demonstração do risco concreto de que, uma vez concedida a aposentadoria à agravante, a medida cautelar de afastamento do cargo, deferida nos autos da CauInomCrim n. 26/DF, receba contornos de definitividade, comprometendo a possível sanção penal de perda do cargo público.

Adverte que o art. 92, I, *a*, do Código Penal não contempla a cassação de aposentadoria como efeito da sentença penal condenatória, de modo que, caso concedido o benefício no curso da ação penal, não seria possível que a futura sentença declarasse a perda do cargo público como efeito da condenação, por ausência de previsão legal.

Ressalta que a questão assume importante destaque quanto à agravante que, denunciada perante o Superior Tribunal de Justiça, possui relevante interesse em afastar a estrutura investigativa que lhe foi direcionada por ocasião do estabelecimento da competência desta Corte Superior.

Anota que, embora a alteração da competência, por si só, não impeça a continuidade da ação penal, e o deferimento do pedido de aposentadoria se encontre no âmbito da competência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a sua concessão, neste momento da persecução criminal, frustraria os efeitos futuros da medida de afastamento que se encontra em vigor, no caso de superveniência de sentença condenatória.

Observa que esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar situação similar relacionada a um conselheiro de tribunal de contas submetido ao afastamento do cargo por força de decisão proferida por aquela Suprema Corte no âmbito da *Operação Ararath*.

Acrescenta que, no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Felix Fischer, nos autos da APn n. 897/DF, determinou, com arrimo no poder geral de cautela, a suspensão do pedido de concessão de aposentadoria voluntária de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, até o julgamento final da ação penal.

Sustenta que a concessão de aposentadoria voluntária à agravante pressuporia, além do preenchimento dos seus requisitos, que a condição de membro do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia estivesse hígida e vigente, o que não se evidenciaria na espécie.

Esclarece que a cautelar processual penal de afastamento do cargo público modificaria a relação jurídica da Desembargadora afastada com o órgão a que está vinculada, cenário em que o pedido de aposentadoria voluntária revelaria uma tentativa de modificar esse novo *status*.

Salienta que a admissão da pretensão da agravante, modificando as condições de sua relação com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com aptidão como ex-magistrada para interferir nas atividades do órgão, constrianger servidores e acessar as dependências seria incompatível com a finalidade do art. 319 do Código de Processo Penal.

Destaca que o art. 27 da Resolução CNJ n. 135/2011 deveria ser aplicado analogicamente ao caso, pois seria juridicamente incoerente vedar a aposentadoria voluntária ao magistrado que responde a processo administrativo disciplinar e permiti-la ao que responde a processo criminal.

Considera que o pedido de aposentadoria formulado pela agravante constituiria uma tentativa de fugir das amarras processuais criadas pelos indícios de atividade criminosa que a envolvem, protelando a marcha processual e dificultando a entrega da prestação jurisdicional.

Reitera que a pretensão da agravante configuraria abuso de direito.

Requer o desprovimento do agravo regimental, mantendo-se a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Conforme relatado, neste agravo regimental pretende-se a revogação da suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária de *Iлона Márcia Reis*.

A agravante, denunciada nesta ação penal, foi, no decorrer da investigação, afastada cautelarmente do cargo pelo prazo inicial de 1 ano, oportunidade em que se consignou que a medida era imperiosa para evitar que continuasse a ostentar função de destaque no âmago da estruturada organização criminosa, pois o afastamento representava não apenas a perda do “capital político” para influenciar outras pessoas a agirem de acordo com seus interesses ilícitos mas também a perda do poder de obstrução das investigações (fl. 326 da CauInomCrim n. 26/DF).

Afirmou-se que o caso apresenta alta gravidade, com indícios de desvios na atuação funcional, prática de tráfico de influência, crimes de corrupção, organização criminosa e lavagem de capitais, frisando-se que, na hipótese dos Desembargadores, como a agravante, o risco na manutenção do exercício da função era potencializado, na medida em que era membro da Quinta Câmara Cível e da Seção Cível de Direito Público, sendo responsável por apreciar as disputas milionárias do oeste baiano, que ensejaram a deflagração da *Operação Feroeste* (fls. 326-327 da CauInomCrim n. 26/DF).

Registrou-se que os supostos crimes imputados à agravante estão ligados ao exercício funcional, pois teriam sido praticados no desempenho abusivo da função, possuindo efeito deletério à reputação, à imagem e à credibilidade do Poder Judiciário (fl. 328 da CauInomCrim n. 26/DF).

Ressaltou-se que a natureza da atividade desenvolvida pela ora agravante exige atuar probo, lícito e transparente, tratando-se de agente remunerada para restaurar a ordem, fazer cumprir as leis e zelar pelo princípio republicano, não podendo sobre ela pairar qualquer suspeita de ato que atente contra a moralidade administrativa ou que suscite dúvidas sobre sua imparcialidade (fl. 328 da CauInomCrim n. 26/DF).

Destacou-se ser inaceitável que a agravante, aparentemente descambando para a ilegalidade, se valesse das relevantes funções que o Estado lhe confiou para enriquecer ilícitamente, em prejuízo da justiça que deveria fazer prevalecer diuturnamente, afastando-se do dever de reparar ilegalidades e de restaurar o império da lei (fl. 328 da CauInomCrim n. 26/DF).

Concluiu-se que o afastamento objetivava não apenas resguardar a imagem do Poder Público, mas, primordialmente, garantir que o jurisdicionado não fosse julgado por pretor suspeito, acusado de “venda” de sentença e de integrar organização criminosa (fl. 328 da CauInomCrim n. 26/DF).

Ponderou-se que o afastamento também era indispensável para permitir o bom andamento da investigação criminal e das apurações administrativas que dela decorrerão (fl. 329 da CauInomCrim n. 26/DF).

A medida cautelar foi referendada pela Corte Especial em acórdão assim ementado (fl. 2.107 da CauInomCrim n. 26/DF):

Processo Penal. Questão de ordem no inquérito judicial. Membros do Poder Judiciário. Decretação *ad referendum* de medida cautelar de afastamento do cargo. Possibilidade. Medida cautelar referendada pelo órgão especial.

1. O afastamento das funções de magistrados do Poder Judiciário do Estado da Bahia foi deferido, *ad referendum* da Corte Especial, na medida em que, embora as investigações do inquérito não tenham sido concluídas, há fatos que justificam a medida.

2. A jurisprudência desta Corte Especial admite o deferimento do pedido de afastamento cautelar de magistrado por decisão monocrática do relator, ainda no curso da fase investigativa, com posterior submissão da decisão ao referendo do órgão colegiado. Precedentes.

3. Medida cautelar referendada pelo Colegiado.

A suspensão cautelar da agravante e de outros acusados dos cargos ocupados foi prorrogada por este colegiado, estando em vigor, atualmente, até fevereiro de 2024 (fls. 1.252-1.257, 1.536-1.537 e 1.541-1.545).

No mesmo mês do oferecimento da denúncia, a agravante requereu ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia a concessão de aposentadoria voluntária, dando ensejo à instauração do Processo n. TJ-ADM-2021/01273.

O Ministério Público Federal, ao tomar ciência do pedido de aposentadoria, peticionou postulando fosse obstado o deferimento do pleito (fls. 49-58), o que foi deferido por este relator.

Nos termos da decisão agravada, a manutenção do processo de aposentadoria, além de comprometer a aplicação da lei penal, acarretaria a modificação da competência criminal para processar e julgar a presente demanda, com a remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição.

Com efeito, a ação penal está em estágio inicial, de forma que a concessão da aposentadoria, com a conseqüente vacância do cargo, faria cessar a prerrogativa de foro da agravante nesta Corte Superior de Justiça, ensejando o declínio da competência para a Justiça estadual da Bahia.

Embora a remessa dos autos à primeira instância não acarrete, por si só, o encerramento da persecução criminal, que apenas prosseguiria em outro juízo, as particularidades que envolvem este caso indicam que o pedido de aposentadoria formulado pela agravante constitui aparente manobra para protelar a marcha processual e dificultar a entrega da prestação jurisdicional.

Essa afirmação, longe de configurar mera ilação, está calcada em fatos ocorridos no curso da *Operação Faroeste*, que demonstram o poder de influência dos investigados no Judiciário da Bahia, merecendo menção, por exemplo, a resistência no cumprimento de decisões do Conselho Nacional de Justiça desfavoráveis ao grupo e a dificuldade na apuração administrativa dos fatos envolvendo os supostos integrantes da organização criminosa, diante da declaração de suspeição da maioria dos integrantes do Tribunal baiano no momento da constituição das respectivas comissões.

No que se refere à resistência no cumprimento de decisões do Conselho Nacional de Justiça, ao deferir diversas medidas cautelares nos autos do PBAC n. 10/DF, expliquei que (fls. 180-181 do PBAC n. 10/DF - grifos acrescentados):

Fez-se necessária a intervenção do Conselho Nacional de Justiça - CNJ a fim de sindicarem diversos atos do TJBA ligados aos registros de imóveis rurais na região, tudo conforme documentado às fls. 1.076-1.166 do INQ 1.258.

No julgamento dos Pedidos de Providências (PP) n. 0007368- 31.2016.2.00.0000 e n. 0007396-96.2016.2.00.0000 (Plenário Virtual, 43ª Sessão, 21/2/2019 a 1º/3/2019), o CNJ cancelou a Portaria CCI/105, de 30 de julho de 2015, expedida pela Corregedoria das Comarcas do Interior do Estado da Bahia (CCI/BA), portaria esta que promovia, em síntese, o cancelamento administrativo das matrículas dos imóveis de n.ºs. 726 e 727 (existentes desde 1978 com títulos formalmente hígidos) e seus respectivos desmembramentos, oriundas do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Santa Rita de Cássia/BA, e determinava, ainda, a regularização do imóvel de matrícula n. 1.037, assentada no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Formosa do Rio Preto/BA, como desdobramento desse cancelamento.

Foi essa matrícula n. 1.037 que possibilitou aos investigados nesses autos ameaçarem produtores rurais estabelecidos há décadas no oeste baiano a realizarem acordos como o engendrado por *Adailton Maturino*, na sua atuação como mediador/conciliador na Ação n. 0000157-61.1990.8.05.0081, que comprometeu os possuidores e produtores rurais subscritores ao pagamento de 23 (vinte e três) sacas de soja por hectare, em parcelas anuais e sucessivas, em cerca de 360.000 hectares de terras (cinco vezes a área da cidade de Salvador-BA), alcançando o montante aproximado superior a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), conforme narrado pelo MPF à fl. 30 do PBAC.

Dentre os motivos elencados pelo CNJ para promover o cancelamento da Portaria CCI/105, sobressaem (vide INQ 1.258 - fls. 1.077-1.078-verso e 1.089-1.146): 1) a impossibilidade de anulação de registros privados na seara administrativa, dada a hígidez formal dos títulos por todo o período de sua vigência (mais de três décadas); 2) a inobservância pela Corregedoria local do tempo transcorrido entre a abertura das matrículas e a determinação de cancelamento destas (1978

a 2015); 3) o possível preenchimento dos requisitos da usucapião pelos que detêm a posse, questão a ser dirimida em ação judicial própria; 4) a obscura elevação patrimonial, apoiada em Portaria, de área inicial que contava com cerca de 43.000ha, e passou a contar com 366.862,6953ha sem determinação judicial nesse sentido ou outra circunstância apta a justificar tamanha modificação.

Como relatado pelo MPF, nota-se a sinergia dos integrantes da Justiça baiana investigados, que caminham unidos para a manutenção do plano criminoso de *Adailton Maturino*, ao ponto do próprio Presidente do Tribunal, o investigado *Gesivaldo Britto*, aviar, no dia 21 de março de 2019, pedido de reconsideração (Doc. 100 - Pedido de Reconsideração - PP CNJ n. 0007396-96.2016.2.00.0000 e 0007368- 31.2016.2.00.0000, no CD anexado aos autos) da última decisão do Conselho Nacional de Justiça que determinou a anulação da Portaria n. 105/2015 da Corregedoria de Justiça do Interior.

É relevante destacar as dificuldades que o CNJ está tendo para que seja devidamente cumprido o seu acórdão proferido em 14 de março de 2019, o que não ocorreu até o presente momento, por conta da aparente resistência de membros do TJBA, como se vê da documentação juntada às fls. 1.080-1.087 do INQ 1.258, o que provocou, inclusive, a determinação de visitação aos Cartórios de Registro de Imóveis de Formosa do Rio Preto/BA e Santa Rita de Cássia/BA, pelo Corregedor das Comarcas do Interior do TJBA, a fim de averiguar se foram tomadas as medidas necessárias para efetivação do julgado do Conselho Nacional de Justiça.

*A propósito, o MS n. 36.489-DF, impetrado por **José Valter Dias e Outros** contra o multicitado acórdão do CNJ, foi liminarmente indeferido por recente decisão do Min. Rel. Ricardo Lewandowski, datada de 17/9/2019.*

Quanto à dificuldade em apurar administrativamente os fatos envolvendo o suposto grupo criminoso, o Ministério Público Federal registrou que (fls. 18.321-18.351 da Apn n. 940/DF - grifos no original):

[...] a força da organização criminosa sindicada é de tamanha magnitude que sequer comissões de magistrados para apuração dos fatos conseguem ser formadas para atender determinação do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, 13 (treze) *Desembargadores, sequencialmente, dão se por suspeitos.*

Tal situação densifica-se, quando, em novo julgamento correccional, envolvendo magistrado que, também, atuou no oeste baiano, dessa feita, oriundo da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça baiano, 13 (treze) *Desembargadores, novamente, dão se por suspeitos*, a escancarar o abalo que os fatos em questão causam no órgão máximo do Poder Judiciário local.

Ademais, a reforçar a conclusão de que o pedido de concessão de aposentadoria formulado pela agravante objetiva tumultuar o curso do processo e dificultar a aplicação da lei penal, é necessário destacar que a Desembargadora,

por já estar afastada do cargo, não auferirá quaisquer benefícios imediatos com sua jubilação, mas, ao contrário, sofrerá, possivelmente, uma redução de seus proventos.

Por outro lado, o prosseguimento do processo de aposentadoria voluntária esvaziará os efeitos futuros da medida cautelar de afastamento do cargo, atualmente em vigor.

O afastamento do cargo está previsto no art. 29 da Lei Orgânica da Magistratura:

Art. 29 - Quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu órgão especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado.

Da mesma forma, o art. 319, VI, do Código de Processo Penal prevê a suspensão do exercício da função pública quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Confira-se:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

No caso, como visto, o afastamento cautelar do exercício do cargo fundamentou-se na necessidade de resguardar a ordem pública ao evitar que a magistrada investigada continue supostamente a ostentar função de destaque no âmago da estruturada organização criminosa, pois a providência representa não apenas a perda do “capital político” para influenciar outras pessoas a agirem de acordo com seus interesses ilícitos mas também a impossibilidade de obstrução das investigações.

Além da proteção da ordem pública, a medida também almeja assegurar a aplicação da lei penal, notadamente o efeito específico da condenação concernente à perda do cargo, previsto no art. 92, I, do Código Penal.

Isso porque a efetivação da aposentadoria após a prática do crime com violação de dever funcional obsta, no caso de eventual condenação, a aplicação do efeito da perda do cargo, devido à ausência de expressa previsão legal

quanto à possibilidade de cassação da aposentadoria como efeito específico da condenação.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do seguinte julgado:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Efeito extrapenal da condenação criminal. Art. 92, I, *b*, do CP. *Numerus clausus*. Cassação da aposentadoria e perda dos proventos. Impossibilidade. Segurança concedida.

I - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é possível empregar analogia para determinar o desfazimento do ato de aposentadoria do condenado com fundamento no art. 92, I, do Código Penal, sob pena de violar o princípio da reserva legal do Direito Penal.

II - Possibilidade, não obstante, da imposição da penalidade após regular processo administrativo disciplinar, no qual se assegure ao acusado a ampla defesa e contraditório.

III - Segurança concedida.

(MS n. 25.732/DF, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 2/3/2023, DJe de 6/3/2023.)

Desse modo, a fim de evitar a hipotética, porém absurda situação em que o magistrado, mesmo definitivamente condenado, continue aferindo os proventos previdenciários oriundos do cargo por meio do qual a infração penal foi praticada, o afastamento cautelar também serve para impedir que se aposente voluntariamente, possibilitando a perda do cargo se for proferida sentença condenatória em seu desfavor.

A propósito, é imperioso ressaltar que a medida em questão não viola o princípio da presunção da inocência, já que não implica a antecipação de pena futura, pois, como visto, constitui providência cautelar que tem por objetivo preservar os efeitos futuros da condenação.

Valho-me, no ponto, das lições fornecidas pelo Direito Civil, notadamente do instituto do abuso de direito, segundo o qual, nos termos do art. 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Note-se que referido dispositivo legal inicia-se com a expressão “também”, a indicar a complementação do artigo anterior, que define o ato ilícito.

Enuncia o art. 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim, a Parte Geral do Código Civil, que extrapola os limites do direito privado para orientar todo o ordenamento jurídico, nos ensina que o ato ilícito pode ser causado por uma conduta frontalmente contrária ao Direito (art. 186), mas também por condutas que, nada obstante, aparentemente, expressem simples exercício de um direito subjetivo, escamoteiam finalidade ilícita ou imoral (abuso de direito). Ou, como usualmente colocado, o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, mas ilícito pelas consequências, cuja ilicitude está presente na forma de execução do ato.

Melhor dito, nas palavras da abalizada doutrina de Rubens Limongi França, o abuso de direito é “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 45).

A analogia se mostra válida, na medida em que suspender o processo administrativo de aposentadoria voluntária para aguardar o desfecho da persecução penal não implicará qualquer prejuízo à agravante (que continua auferindo seus rendimentos) e, ao mesmo tempo, preservará os interesses de toda a sociedade, ao permitir a incidência de todos os efeitos de eventual condenação criminal.

Em sentido diametralmente oposto, autorizar sua aposentadoria voluntária neste estágio da persecução criminal representaria chancelar o exercício de um direito subjetivo para além dos limites impostos pelo seu fim social e pela boa-fé, especialmente no seu vetor de lealdade e probidade. Ao exercer um direito que, além de inviabilizar um importante efeito de eventual condenação criminal, lhe proporcionará potenciais prejuízos financeiros imediatos, a agravante incide em um claro exercício irregular de um direito.

Não há, portanto, que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, já que - conforme destacado - impedir tão somente sua aposentadoria compulsória não resulta em ampliação da limitação à esfera de liberdade da agravante, além do que já decretado nos autos e que nem mesmo constitui objeto do presente recurso (afastamento cautelar do exercício das funções).

Ora, concluir que a suspensão do processo de aposentadoria caracteriza inaceitável antecipação de pena referente a um delito pelo qual o acusado

nem sequer foi condenado equivale a declarar a inconstitucionalidade, sem a observância da cláusula de reserva de plenário, do art. 282 do Código de Processo Penal, que assim preceitua:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

É que a medida aqui impugnada, como toda e qualquer cautelar prevista pelo legislador em caráter instrumental à persecução penal em curso, não obstante afete a esfera de liberdade do indivíduo, não implica antecipação de pena, mas providência indispensável para resguardar a efetividade dos efeitos de uma futura e eventual condenação.

Assim, a suspensão do pedido voluntário de aposentadoria formulado administrativamente pela agravante é imperiosa para assegurar a efetividade da cautelar de afastamento do cargo anteriormente decretada, devendo ser preservada enquanto remanescer a sua necessidade, mesmo que restrinja sua liberdade e a impeça de exercer um direito previsto constitucionalmente.

Aliás, é inerente ao processo penal, que envolve o bem mais valioso a qualquer indivíduo, qual seja, a sua liberdade, que as medidas cautelares decretadas para assegurar a efetividade da persecução criminal restrinjam e limitem, ainda que provisoriamente, direitos fundamentais como o de locomoção, trabalho e comunicação, entre outros, inexistindo ilegalidade, portanto, na suspensão de processo que objetiva a concessão de aposentadoria.

Destaque-se que a possibilidade de cassação da aposentadoria em processo administrativo após a prolação de sentença condenatória não afasta a necessidade de decretação da medida cautelar em questão, que, conforme já explicado, possui como uma de suas finalidades assegurar a efetividade da medida de perda do cargo que possa vir a resultar de eventual condenação criminal.

É dizer, a necessidade e adequação da medida cautelar devem ser aferidas no âmbito da persecução criminal, não sendo possível afastá-las sob o argumento de que seria possível alcançar o resultado almejado fora do processo penal.

E, na espécie, estão evidenciadas, à exaustão, a necessidade e adequação da medida, que tem por escopo evitar que a agravante, no intuito de modificar

a competência da ação penal e de escapar da pena de perda do cargo, obtenha sua aposentadoria voluntária nas fases iniciais da persecução criminal, para, além de escolher o juízo que irá processá-la e julgá-la, no caso de vir a ser condenada definitivamente, continuar recebendo os proventos decorrentes do cargo por meio do qual teria praticado as infrações penais, situação que gera profunda sensação de impunidade e de injustiça.

Esse foi o entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça na APn n. 897/DF, extraindo-se da decisão proferida pelo Ministro Felix Fischer os seguintes fundamentos:

Os Conselheiros *Aloysio Neves Guedes, Domingos Inácio Brazão, José Gomes Graciosa, José Maurício de Lima Nolasco e Marco Antonio Barbosa de Alencar* foram denunciados nesta Ação Penal e afastados cautelarmente dos cargos até o julgamento final da presente ação penal, conforme acórdão de fls. 8.165-8.194. Em decisão de fls. 1.076-1.087, em face da medida cautelar de postulada pelo Ministério Público Federal, determinou-se, em 07/04/2017, *ad referendum* da Corte Especial, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o afastamento cautelar do cargo de *José Gomes Graciosa, Marco Antônio Barbosa de Alencar, José Maurício de Lima Nolasco, Aloysio Neves Guedes, Domingos Inácio Brazão e Jonas Lopes de Carvalho Júnior*.

O referido ato fora referendado em acórdão acostado às fls. 1.855-1.872, cuja medida foi prorrogada por mais 180 (cento e oitenta dias), em decisão de fls. 2.914-2.919 e acórdão de fls. 2.948-2.957. A medida cautelar de afastamento da função pública foi mantida quando do recebimento da denúncia por meio de Acórdão da Corte Especial do STJ (fls. 8.165/8.194).

[...]

Em referência à proteção da ordem pública, objetivo primário da presente medida cautelar, também se almeja assegurar a aplicação da lei penal, em especial o específico efeito da condenação concernente à perda do cargo (art. 92, I, do CP). Sucede que é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a concessão de aposentadoria após o cometimento de crime que envolva a violação de dever funcional obsta, no caso de eventual condenação, a aplicação do efeito da perda do cargo, em razão da ausência de expressa previsão legal quanto à possibilidade de cassação de aposentadoria como efeito específico da condenação criminal.

[...]

Sob esse raciocínio, a medida tem por escopo prevenir a concretização de situação em que agente público, no intuito de evitar a perda do cargo, aposente-se nas fases iniciais da persecução penal, para, no caso de vir a ser condenado definitivamente, continuar recebendo os proventos oriundos de cargo através do

qual as infrações penais foram praticadas, aprofundando a sensação de injustiça. Em reforço à tese ministerial de que o intuito do denunciado serviria como meio de frustrar a perda do cargo em eventual condenação, é oportuno pontuar que a aposentadoria, além de possuir efeitos práticos idênticos à medida cautelar de afastamento, ocasionaria a redução em sua renda.

[...]

Diante disso, defiro o pedido do Ministério Público Federal para determinar a suspensão do pedido de concessão de aposentadoria voluntária de *Aloysio Neves Guedes* pelo Tribunal de Contas Estado do Rio de Janeiro no processo administrativo respectivo em curso (TCE n. 306.172-6/2020), até o julgamento final desta ação penal.

(Apn n. 897/DF, relator Ministro Felix Fischer, julgado em 26/2/2021, DJe de 2/3/2021.)

O Supremo Tribunal Federal, em caso idêntico, também obstou pedido de aposentadoria voluntária formulado por agente afastado do cargo público para preservar os efeitos futuros de eventual condenação criminal. A propósito:

Direito Processual Penal. Afastamento cautelar de cargo público. Pedido voluntário de aposentadoria. Incompatibilidade. Risco de esvaziamento da decisão cautelar. Necessidade de preservação dos efeitos futuros de eventual condenação criminal. Suspensão do processo administrativo relativo ao pedido de aposentadoria. Voto pelo desprovimento do agravo regimental.

1. A medida de afastamento de cargo público decretada no curso de investigação penal não encontra fundamento apenas no objetivo de resguardar a ordem pública quanto ao risco do servidor afastado seguir se servindo do cargo para praticar atividades ilícitas, ancorando-se, também, no desiderato que é inerente e intrínseco a toda e qualquer medida cautelar prevista pelo legislador em caráter instrumental à persecução penal, qual seja, resguardar a efetividade dos efeitos concernentes à futura e eventual condenação do investigado ou réu. Nesse contexto, embora não se questione ser do Poder Executivo Estadual a competência administrativa para conhecer de pedido de aposentadoria formulado pelo servidor afastado, impende reconhecer que o requerimento administrativo, caso deferido pela autoridade competente, esvaziará os efeitos futuros da medida cautelar em vigor, o que justifica a determinação jurisdicional de suspensão da pretensão de aposentação.

2. No presente caso, foi determinado o afastamento do ora recorrente do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. Então, sobreveio aos autos comunicação do Governador do Estado do Mato Grosso, noticiando que o investigado formulara pedido de aposentadoria voluntária do cargo. Nesse contexto, embora reconhecendo tratar-se da autoridade administrativa

competente para conhecer do pedido formulado, requereu o Governador do Estado o pronunciamento prévio do STF quanto à compatibilidade da eventual concessão da aposentadoria com a decisão cautelar vigente. Por fim, acolhendo promoção da Procuradoria-Geral da República, determinou o Relator “a suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária do investigado **Antônio Joaquim Moraes Rodrigues Neto** em relação ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso enquanto não houver a resolução definitiva dos atos persecutórios em face dele movidos em razão dos fatos que são objeto de investigação nos presentes autos (...)”.

3. A possibilidade do Supremo Tribunal Federal conhecer da provocação que lhe foi dirigida pelo Governador do Estado do Mato Grosso não caracteriza eventual atribuição consultiva da Corte Superior, mas sim medida necessária para, em nome do poder geral de cautela que garante a efetividade da competência jurisdicional do Tribunal, zelar pela preservação dos efeitos futuros que constituem fator justificante da medida cautelar de afastamento do cargo que se encontra em vigor, mormente em consideração à possibilidade da efetivação da aposentadoria da obstar, no caso de futura condenação, conforme precedentes judiciais, a aplicação do efeito específico concernente à perda do cargo e da função pública.

4. Uma vez remanescendo a necessidade cautelar da medida originária (o afastamento do cargo em si), bem como da medida complementar adotada para resguardar a efetividade daquela (a suspensão do processo de aposentadoria visando a assegurar a efetividade da medida de perda do cargo que possa vir a resultar de eventual condenação criminal), são irrelevantes ao Juízo Criminal as consequências que as medidas podem gerar na esfera pessoal do investigado, independentemente de seus eventuais efeitos civis, administrativos e/ou eleitorais.

5. É da estrita competência do Juízo Eleitoral conhecer da alegação atinente à suposta necessidade, para produção do efeito jurídico *desincompatibilização*, de aposentação de servidor que se encontra faticamente afastado das funções inerentes ao cargo, competência essa que não pode ser estendida ao Juízo Criminal.

6. Voto pelo desprovimento do agravo regimental.

(Pet n. 7.221- AgR-segundo, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3/4/2018, DJe de 19/6/2018.)

Por outro lado, é impossível acolher o pleito da defesa de aplicação analógica dos arts. 7º, 9º e 10 do Código de Processo Civil ao caso, uma vez que, no Código de Processo Penal, há previsão específica sobre a possibilidade de decretação de medidas cautelares sem a prévia oitiva das partes.

Deveras, o art. 282, § 3º, da Lei Penal Adjetiva permite a decretação das medidas cautelares diversas da prisão sem a prévia manifestação da parte

contrária quando há urgência ou risco de ineficácia, exatamente como na hipótese que ora se examina, em que a manutenção do curso do processo de aposentadoria voluntária acarretaria a mudança da competência para processar e julgar a presente ação penal e frustraria o efeito da condenação concernente à perda do cargo.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte Especial:

Processual Penal. Embargos de declaração na ação penal originária. Desembargador do TJ/RR. Condenação pela prática do crime de concussão. Perda do cargo. Ofensa ao contraditório e ampla defesa. Inocorrência. Ausência dos vícios previstos no art. 619, do Código de Processo Penal. Inconformismo com o acórdão recorrido. Aclaratórios rejeitados. [...] 4. Dos aclaratórios opostos por Mauro José do Nascimento Campello em face da questão de ordem que determinou seu afastamento dos cargos de Desembargador e de Corregedor de Justiça do TJ/RR

4.1 - A orientação jurisprudencial desta Corte Especial é no sentido da inexistência de direito subjetivo à intimação prévia, bem como à sustentação oral, nos casos em que se aprecia questão de ordem. No mesmo sentido: EDcl na APn 707/DF, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Corte Especial*, julgado em 04/09/2013, DJe 21/10/2013.

4.2 - *Esta Corte Especial, no mesmo sentido do que dispõe o art. 282, § 2º, do Código de Processo Penal, também entende que o afastamento pode ser determinado inclusive de ofício por seus componentes no recebimento da denúncia ou, ainda, por ocasião da prolação do acórdão penal condenatório. O art. 282, § 3º, do mesmo diploma processual penal, possibilita o deferimento de medidas cautelares (tal qual a presente hipótese) sem que haja contraditório prévio, nos casos de urgência ou ineficácia da medida.*

4.3 - No caso em tela, houve pedido do Ministério Público Federal somente após a conclusão do julgamento do mérito da ação penal, razão pela qual não houve deliberação a respeito naquele momento.

Não há falar em nulidade no deferimento da medida cautelar sem contraditório prévio, tendo em vista que, conforme expressamente consignado no acórdão embargado, é evidente que o réu tem a sua disposição possibilidades de impugnação à medida cautelar deferida.

4.4 - O afastamento cautelar do exercício dos cargos públicos ocupados pelo réu é providência que não se confunde com a execução provisória da pena, que “tem natureza jurídica de medida cautelar diversa da prisão, prevista no Código de Processo Penal, com vistas à preservação da ordem pública. Além do mais, não implica na perda do cargo ocupado, já que são preservadas as garantias constitucionais e legais que lhes são inerentes”.

4.5 - Embargos de declaração rejeitados.

5. Conclusão

5.1 - Embargos de declaração opostos por *Mauro José do Nascimento Campello* e por *Larissa de Paula Nascimento Campello* rejeitados.

(EDcl na APn n. 422/RR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 6/12/2017, DJe de 19/12/2017 - grifos acrescidos.)

Da mesma forma, não procede a alegação de que a suspensão do processo administrativo de aposentadoria não poderia ser determinada em razão da inexistência de previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, pois se trata de desdobramento da cautelar de afastamento do cargo, não configurando medida atípica.

Ainda que assim não fosse, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal e de acordo com a teoria dos poderes implícitos e do poder geral de cautela do magistrado, é possível a imposição de medidas cautelares atípicas como forma de dar efetividade às decisões judiciais.

A propósito:

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crimes de trânsito absorvidos pelos crimes de homicídio simples consumado e tentado (por seis vezes). Prisão preventiva substituída por medida cautelar. Proibição de conduzir qualquer veículo automotor. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta. Periculosidade na condução de veículos. Reiteração delitiva. Fundamentação específica.

1. Entende esta Sexta Turma que, "por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, não há óbice ao magistrado impor ao investigado ou acusado medida cautelar atípica, a fim de evitar a prisão preventiva, isto é, mesmo que não conste literalmente do rol positivado no art. 319 do CPP, o alcance das hipóteses típicas pode ser ampliado para, observados os ditames do art. 282 do CPP, aplicar medida constritiva adequada e necessária à espécie ou, ainda, pode ser aplicada medida prevista em outra norma do ordenamento" (HC n. 469.453/SP, relatora Ministra **Laurita Vaz, Sexta Turma**, julgado em 19/9/2019, DJe 1º/10/2019).

2. Dessa forma, ainda que o agente tenha sido denunciado por homicídio simples consumado e seis tentativas de homicídio, o fato é que todos os crimes foram praticados na condução de veículo automotor e sob influência de álcool, contexto que atrai a incidência concomitante do Código de Trânsito Brasileiro.

3. Assim, a despeito da absorção dos crimes de trânsito por crimes mais graves, é possível a aplicação da medida cautelar de proibição de dirigir veículo automotor, prevista na legislação específica. Precedentes.

[...]

7. Recurso ordinário desprovido.

(RHC n. 148.574/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021 - grifos acrescidos.)

Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Interceptação de dados. Descumprimento de decisão de juízo criminal em inquérito. Recalcitrância. *Astreintes*. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Previsão do art. 3º do CPP. Aplicação dos arts. 536 e 537 do CPC. Poder geral de cautela. Teoria dos poderes implícitos. Aplicação subsidiária da penalidade do art. 77 do CPC. Limitação do valor da multa diária. Não cabimento. Valor da multa diária. Proporcionalidade. Bloqueio de ativos financeiros. BacenJud. Violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Não ocorrência. Súmula n. 410 do STJ. Não incidência. Execução imediata das *astreintes* no mesmo processo. Possibilidade. Recurso desprovido.

1. *Admitem-se, e em caso de omissão da legislação processual penal, a interpretação extensiva, a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito, em razão da previsão contida no art. 3º do Código de Processo Penal.*

2. *É possível a aplicação analógica do Código de Processo Civil (arts. 536 e 537 do CPC) para impor medida cautelar atípica consistente em multa coercitiva por descumprimento de determinação judicial.*

3. A imposição de *astreintes* no processo penal confere efetividade às decisões judiciais ao constranger a parte a pagar quantia em dinheiro na hipótese de não cumprimento de decisão ou sentença.

[...]

12. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS n. 54.038/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 20/11/2020 - grifos acrescidos.)

Não se pode cogitar, também, de usurpação da competência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para deliberar sobre o pedido de aposentadoria, eis que a suspensão, como dito, é desdobramento da cautelar de afastamento do cargo, determinada para preservar os efeitos futuros de eventual sentença condenatória a ser proferida na presente ação penal.

Nessa ordem de ideias, cumpre trazer à baila trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Luiz Fux no julgamento da Pet n. 7.221 AgR-segundo/DF, oportunidade em que Sua Excelência consignou que:

Inicialmente, cabe assentar a possibilidade deste Supremo Tribunal Federal conhecer da provocação que lhe foi dirigida pelo Governador do Estado do Mato Grosso.

Não se trata de visualizar eventual atribuição consultiva da Corte Superior, mas sim, diferentemente, em nome do poder geral de cautela que garante a efetividade da competência jurisdicional do Tribunal, **de zelar pela preservação dos efeitos futuros que constituem fator justificante da medida cautelar de afastamento do cargo que se encontra em vigor.**

[...]

Desse modo, embora não se questione ser do Poder Executivo Estadual a competência administrativa para conhecer de pedido de aposentadoria formulado por Conselheiro de Tribunal de Contas Estadual, é certo que, no presente caso, o requerimento administrativo, caso deferido pela autoridade competente, esvaziará os efeitos futuros da medida cautelar ora em vigor, comprometendo a efetividade da decisão.

[...]

Em síntese: a suspensão do pedido voluntário de aposentadoria formulado pelo investigado em sede administrativa foi determinada por esse Relator com o objetivo de assegurar a efetividade da medida cautelar de afastamento do cargo anteriormente decretada.

(Pet n. 7.221-AgR-segundo, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3/4/2018, DJe de 19/6/2018.)

Por fim, no que se refere à alegação da defesa de que não seria possível a aplicação analógica do art. 27 da Resolução CNJ n. 135/2011, tem-se que o referido dispositivo prevê que:

Art. 27. O magistrado que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar só terá apreciado o pedido de aposentadoria voluntaria após a conclusão do processo ou do cumprimento da penalidade.

Ora, conforme sublinhado na decisão agravada, seria juridicamente incoerente vedar a aposentadoria voluntária ao magistrado que responde a processo administrativo disciplinar (*a minori*), mas permiti-la àquele que responde a processo criminal (*ad maius*).

Na espécie, a possibilidade de suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária constitui desdobramento da cautelar de afastamento do cargo, e seu cabimento é reforçado pelo fato de que a medida é obstada até mesmo quando o magistrado responde a procedimento administrativo perante o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, compreensão externada pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento da Pet n. 7.221-AgR-segundo/DF:

Eu acompanho o Relator no sentido da aplicação.

[...]

E aqui o art. 27 da Resolução 135, do CNJ, diz exatamente que, em virtude das prerrogativas que possui o magistrado, mesmo assim, se há um procedimento que pode vir a cassar ou decretar perda do cargo, fica suspenso o pedido de aposentadoria.

Em arremate, frise-se que o art. 35, VIII, da Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN estabelece como dever do magistrado “manter conduta irrepreensível na vida pública ou particular”.

Tal imposição decorre das relevantes funções que o Estado confiou aos magistrados, não se podendo admitir que maculem a imagem do Poder Público que representam, tampouco que o jurisdicionado seja julgado por pretor suspeito da prática de crimes, sejam eles funcionais ou não.

Nesse contexto, permitir a aposentadoria voluntária de um magistrado afastado pela suspeita da prática de crimes, no caso gravíssimos, pois supostamente cometidos com desvios na atuação funcional, significa premiá-lo por sua conduta altamente repreensível, possibilitando que mantenha o cargo do qual estava afastado cautelarmente e perceba os benefícios financeiros dele decorrentes, sem a possibilidade de que, em caso de condenação, seja aplicada a pena prevista no art. 92, I, do Código Penal.

Essa situação, como ressaltado alhures, gera sentimento de impunidade e injustiça, potencializando o descrédito nas instituições públicas, notadamente no Poder Judiciário, que estaria premiando um agente que está respondendo a uma ação penal em que lhe são imputados delitos graves como corrupção e lavagem de dinheiro, permitindo que permaneça no cargo público em caso de futura condenação, inclusive recebendo os proventos de aposentadoria, que só poderiam ser cassados administrativamente, em processo próprio.

Cumpre, portanto, a esta Corte Superior de Justiça, como Tribunal da Cidadania, atuar de modo a garantir a aplicação da lei penal e restaurar o império da lei.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.795.527-RJ
(2018/0285443-4)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes
Embargante: Gessica Ferreira de Oliveira
Repr. por: Lidiane Viana Francisco da Silva
Advogado: Defensoria Pública da União
Embargado: Estado do Rio de Janeiro
Procurador: Marcelo Mello Martins e outro(s)
Embargado: Município de Duque de Caxias
Advogados: Maurício Gomes Vieira - RJ102559
 Jorge David Fernandes da Fonseca - RJ143927
 Rodrigo D'Tchevo Aspre de Souza e outro(s) - RJ150073
Embargado: União

EMENTA

Processual Civil. *Astreintes*. Transmissibilidade aos herdeiros. Cabimento.

1. No caso autos, discute-se a transmissibilidade aos herdeiros de *astreintes* em caso do falecimento da parte autora quando fixados anteriormente em tutela antecipatória.

2. O fato de a obrigação material não mais poder ser cumprida por ser personalíssima (como é a hipótese dos autos, que versa sobre tratamento médico) não ocasiona a extinção da multa, que já se incorporou ao patrimônio dos beneficiados pela frustração da ordem judicial.

3. Embargos conhecidos e providos para reconhecer a transmissibilidade das *astreintes* para os herdeiros do autor falecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes conhecendo parcialmente dos embargos de divergência e, nesta parte, dando-lhes provimento, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Nancy Andrichi, Herman Benjamin, Mauro Campbell

Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino, e a ratificação do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que foi acompanhada pela Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, com ressalvas quanto à fundamentação, por maioria, conhecer parcialmente dos embargos de divergência e, nesta parte, dar-lhes provimento.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Og Fernandes.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Og Fernandes.

Quanto ao conhecimento, ficou vencida a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e, quanto ao mérito, ficaram vencidas as Sras. Ministras Laurita Vaz e Maria Isabel Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Jorge Mussi e Luis Felipe Salomão.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 21.11.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de embargos de divergência opostos por *Géssica Ferreira de Oliveira*, representada por *Lidiane Viana Francisco da Silva*, contra acórdão da *Segunda Turma*, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, e ementado nestes termos:

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Julgamento do processo sem julgamento do mérito. *Astreintes* não devidas. Precedente do STJ em repetitivo. Sucumbência. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ. Agravo interno não provido.

1. Esta Corte Superior possui orientação consolidada por meio do sistema de recursos repetitivos, REsp 1.329.193, Tema 743, da Relatoria do Min. Sidnei Beneti,

DJe 17/09/2014, em que se firmou o entendimento que a multa diária fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação por sentença de mérito.

2. Observa-se que o acórdão recorrido mostra-se em consonância com o entendimento consolidado acima, razão pela qual não merece reparos.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça norteia-se pela orientação de que sendo o processo julgado sem julgamento de mérito, cabe ao julgador, com base no princípio da casualidade, observar qual parte deu origem à extinção do processo ou mesmo, qual dos litigantes seria sucumbente se existisse o enfrentamento do mérito. REsp 1.678.132/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 13/9/2017; REsp 1.668.366/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/8/2017, DJe 12/9/2017.

4. A modificação do acórdão de origem, com o intuito de se ponderar qual seria a parte sucumbente em caso de julgamento do mérito, exige, necessariamente, o reexame da matéria fático-probatória do autos, exercício em sede especial em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Convém ressaltar que a interposição do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional também exige que o recorrente cumpra o disposto nos arts. 1.029, §§ 1º e 2º do CPC/2015, e 255, § 1º, *a*, e § 2º, do RISTJ..

6. Verifica-se que o ora recorrente se limitou a transcrever trechos dos julgados paradigmas, não atendendo aos requisitos estabelecidos pelos dispositivos legais supramencionados, restando ausente o necessário cotejo analítico.

7. Agravo interno não provido.

Alega a Embargante que “a 2ª Turma e a 3ª Turma do STJ divergem, porquanto o entendimento firmado por esta última no paradigma **REsp 1.722.666/RJ**, vai no sentido da possibilidade da execução provisória das astreintes pelos sucessores, quando fixadas em sede de antecipação de tutela e não confirmada por sentença de mérito **em decorrência da morte da parte autora**” (fl. 564). Eis a ementa do julgado paradigma:

Recurso especial. Processual Civil. Ação de obrigação de fazer. Medicação. Fornecimento. Doença grave. Tratamento. Antecipação de tutela. Descumprimento. Autor. Falecimento. Multa cominatória. Subsistência. Excepcionalidade.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Ação de obrigação de fazer proposta contra operadora de plano de assistência à saúde visando ao fornecimento de medicação para tratamento de doença grave (Hepatite Tipo “C”).

3. Falecimento do autor durante o período de desobediência à ordem judicial, antes mesmo que ele pudesse fazer uso da medicação pretendida.

4. Hipótese excepcional em que se justifica a manutenção da multa cominatória, presente a circunstância de ter havido o descumprimento da ordem judicial antecipatória.

5. Em um sistema constitucional que consagra o direito à vida como garantia fundamental e inclui o direito à saúde na categoria dos direitos sociais, não é razoável permitir que a parte, analisando apenas os aspectos financeiros da lide, opte por deixar de cumprir decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicação de alto custo.

6. Manutenção das *astreintes* com o propósito de evitar o estímulo a eventuais ponderações desprovidas de um verdadeiro espírito de humanidade, notadamente nas concessões de provimentos liminares a pacientes portadores de doenças graves em estágio avançado e em estado terminal, na certeza de que, sobrevivendo a morte do paciente, nada mais se poderia exigir a título de multa cominatória.

7. Por integrar o patrimônio do autor, a multa cominatória aplicada em função da recalcitrância do demandado em proceder ao cumprimento da ordem judicial é perfeitamente transmissível aos sucessores após o falecimento do titular, ainda que seja personalíssima a obrigação principal que lhe deu origem.

8. Impossibilidade de análise das alegações apresentadas a título de justa causa para o descumprimento da obrigação de fazer, porque demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado na via recursal eleita consoante o disposto na Súmula n. 7/STJ.

9. Recurso especial não provido. (REsp 1.722.666/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018)

Argumenta que “*O acórdão ora embargado, por sua vez, trata de igual modo o fato de as astreintes não terem sido confirmadas por uma sentença de mérito, não fazendo distinção se pelo fato da ação ter sido julgada improcedente (com resolução de mérito) ou pelo fato de a parte autora ter falecido antes da sentença (sem resolução de mérito)*” (fl. 564).

Pondera ainda que há “*outro recente acórdão paradigma para o fim de demonstrar a clara divergência havida no âmbito desse Sodalício sobre o tema. Trata-se do acórdão da 1ª Turma do STJ, AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.139.084 – SC, julgado à unanimidade pelo referido Colegiado em 21.3.2019, DJe de 28.3.2019, em que o Exmo. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, faz referência ao paradigma anteriormente citado (REsp 1.722.666/RJ) para negar provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina. Pede-se licença para colacionar sua ementa, com os nossos grifos:*

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Direito à saúde. Falecimento da parte autora. **Multa diária. Transmissibilidade aos herdeiros. Crédito de natureza patrimonial, que não apresenta o mesmo caráter personalíssimo da obrigação de fornecer tratamento médico ou medicamento.** Possibilidade de prosseguimento da execução pelos sucessores da parte demandante. Agravo interno do ente estadual a que se nega provimento.

1. O presente Recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3 do STJ, segundo o qual, aos recursos interpostos com fundamento no Código Fux (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo Código.

2. A multa diária, tratada nos §§ 4º a 6º do art. 461 do CPC/1973 (art. 537 do Código Fux) afigura-se como crédito patrimonial, não se revestindo da mesma natureza personalíssima que possui a pretensão principal, nas demandas cujo objeto é a efetivação do direito à saúde.

3. O pedido de tais ações é considerado personalíssimo porque somente o autor é quem tem a necessidade do tratamento ou medicamento, em razão de suas condições pessoais de saúde. Para qualquer outra pessoa que não apresente o mesmo quadro clínico, inclusive seus herdeiros, a utilização do remédio ou a submissão ao tratamento não faria qualquer sentido, podendo ser até contraproducente.

4. Em relação ao pedido principal da ação - qual seja, a efetivação em espécie do direito personalíssimo à saúde -, não se admite a sucessão da parte demandante por seus herdeiros.

5. Quanto às questões patrimoniais, por outro lado, e ainda que se relacionem de alguma forma com o direito à saúde em si, a solução é diversa. Isso porque, havendo nos autos pretensão de caráter patrimonial, diversa do pedido personalíssimo principal, o direito subjetivo que embasa a pretensão é um crédito em obrigação de pagar quantia, sendo, por isso, plenamente transmissível aos herdeiros.

6. Há que se distinguir, portanto, a obrigação principal cujo adimplemento se busca na Ação - uma obrigação de fazer, no caso de tratamento ou providências aptas a garanti-lo, ou de dar, se o pedido for pelo fornecimento de medicamentos ou outros itens - e eventuais obrigações de pagar, que com aquela não se confundem.

7. Eventual morte da parte autora, assim, afetará apenas a obrigação de fazer ou de dar, que apresenta natureza personalíssima, porquanto adequada apenas ao quadro clínico pessoal da parte demandante.

8. Obrigações de pagar, por sua vez, são de caráter patrimonial, e por isso não têm sua utilidade prática limitada à parte autora ou às peculiaridades de sua condição clínica. Ao revés, os créditos oriundos de tais obrigações se inserem no conjunto das relações jurídicas econômicas da parte, e como tais são plenamente

transmissíveis a seus herdeiros. Julgados: AgInt no AREsp. 525.359/MS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 1.3.2018; REsp 1.475.871/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 13.3.2015.

9. Por integrar o patrimônio do autor, a multa cominatória aplicada em função da recalcitrância do demandado em proceder ao cumprimento da ordem judicial é perfeitamente transmissível aos sucessores após o falecimento do titular, ainda que seja personalíssima a obrigação principal que lhe deu origem (REsp 1.722.666/RJ, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 8.6.2018).

10. Além das considerações sobre a natureza patrimonial do crédito oriundo da multa diária, há ainda outra questão a ser considerada, referente à própria eficácia do instrumento processual em si. **Caso acolhida a argumentação do agravante sobre a intransmissibilidade do crédito, o instrumento da multa diária perderia sua força coercitiva, notadamente nos casos em que o beneficiário da tutela antecipada apresentasse quadro clínico mais grave ou mesmo terminal. Nessas situações, o réu poderia simplesmente descumprir a decisão judicial e esperar pelo falecimento do postulante, na certeza de que não teria de arcar com os custos da desobediência à determinação do Judiciário.**

11. Nos casos em que a morte fosse decorrência dessa ilícita omissão estatal, seria criado um cenário completamente esdrúxulo, em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária.

12. A eficácia prática do instrumento previsto no art. 537 do Código Fux restaria assim não só prejudicada, mas verdadeiramente invertida, pois se converteria em meio de estimular o réu a ignorar a determinação judicial e aguardar pelo perecimento do direito da parte autora.

13. Em observância à natureza de crédito patrimonial da multa e à necessidade de preservar seu poder coercitivo, conclui-se que é possível a execução do valor, pelos herdeiros da parte originalmente beneficiária da tutela jurisdicional que fixou as astreintes, sendo inviável a extinção do processo sem resolução de mérito com fundamento no art. 267, IX do CPC/1973 (art. 485, IX do Código Fux). Deve-se, como decorrência, admitir a habilitação dos herdeiros da parte (ou do espólio, conforme o caso) como seus sucessores processuais.

14. Agravo Interno do Ente Estadual a que se nega provimento.

Pede, assim, o acolhimento dos embargos,

[...] para, reformando-se o v. acórdão proferido pela Colenda Segunda Turma desse Sodalício, dar provimento ao Recurso Especial para reformar o acórdão

da Turma Especializada do TRF2 que manteve a sentença de primeiro grau que inadmitiu a habilitação dos herdeiros da autora, determinando-se a sua habilitação a fim de que possam compelir os entes públicos réus ao pagamento da multa diária pelo descumprimento da decisão de sua internação em tempo hábil, bem como de que seja analisada a fixação da multa do art. 77, IV e §§ 2º e 4º, do CPC/15, conforme pedidos deduzidos no recurso de apelação à fl. 258e. (fl. 570)

Proferi a decisão de fls. 608-613, admitindo, em juízo prelibatório, o processamento dos embargos de divergência.

O *Estado do Rio de Janeiro*, ora Embargado, apresentou impugnação às fls. 619-626, alegando a inadmissibilidade dos embargos em razão da falta de cotejo analítico e de demonstração de similitude entre os casos comparados.

No mérito, sustenta que a multa depende da prolação de sentença que a confirme, sob pena de resolução *ab initio*, entendimento consignado no julgamento realizado sob o rito dos repetitivos, nos autos o REsp 1.200.856/RS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Corte Especial*, julgado em 01/07/2014, DJe 17/09/2014, referido pelo acórdão embargado.

A *União*, também Embargada, ofereceu impugnação às fls. 631-635, sustentando que a Embargante não realizou o devido cotejo analítico, a fim de demonstrar a similitude fática e jurídica dos casos comparados. Aduz que “o acórdão paradigma (AREsp 1.139.084/SC) fora extraído de embargos à execução, enquanto o ora embargado provém de ação ordinária”. E, no mérito, sustenta que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que as *astreintes* não possuem caráter indenizatório, mas sim visam induzir o indivíduo a cumprir obrigação, aludindo ao julgamento do recurso repetitivo mencionado no acórdão embargado.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O acórdão embargado da *Segunda Turma*, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, no ponto, decidiu, com arrimo em orientação firmada em julgamento de recurso especial repetitivo, que “a multa diária fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação por sentença de mérito.”

O Embargante traz paradigmas da *Terceira Turma* (REsp 1.722.666/RJ, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, julgado em 24/04/2018, DJe

08/06/2018), que atrai a competência desta *Corte Especial*, e também da *Primeira Turma* (AgInt no AREsp 1.139.084/SC, Rel. Ministro *Napoléon Nunes Maia Filho*, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019). E, em razão deste, poder-se-ia cogitar de cisão do julgamento dos embargos de divergência, com a posterior remessa dos autos para a *Primeira Seção*.

Todavia, “[n]ão há que se falar em necessidade de cisão de julgamento dos embargos de divergência na *Corte Especial*, com remessa à seção, quando o embargante sustenta uma única tese e a suposta divergência também ocorre em relação a julgados de outras seções” (EDcl nos EREsp 667.002/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Corte Especial*, julgado em 19/12/2018, DJe 12/03/2019).

No mesmo diapasão: EDcl no AgRg nos EAREsp 1.231.405/SC, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Corte Especial*, julgado em 05/06/2019, DJe 18/06/2019; AgRg nos EAREsp 593.919/PR, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Corte Especial*, julgado em 07/11/2018, DJe 23/11/2018; AgRg nos EREsp 1.355.828/SP, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Corte Especial*, julgado em 17/09/2014, DJe 01/12/2014; AgRg nos EDcl nos EAg 901.062/SP, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Corte Especial*, julgado em 31/08/2011, DJe 26/09/2011.

Assim, admitidos os embargos de divergência, deve a questão (única) posta em debate ser resolvida exclusivamente no âmbito deste Colegiado mais amplo.

Pois bem.

No caso destes autos, na origem, foi ajuizada ação ordinária visando à transferência e internação da Autora para a CTI de hospital da rede pública especializado no tratamento de queimados.

O juízo da causa deferiu tutela antecipada, determinando a imediata transferência da paciente, impondo multa cominatória diária de R\$ 10.000,00 em caso de descumprimento da medida. Consta que a transferência só ocorreu 15 dias após a determinação judicial, e a paciente veio a falecer 8 dias depois da remoção. Foi proferida sentença extinguindo o processo, sem resolução de mérito, indeferindo a habilitação dos sucessores (fls. 226-238).

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da sucessora da Parte Autora, decidindo serem indevidas as *astreintes* fixadas em antecipação de tutela, em razão da extinção do processo sem solução de mérito, ressaltando que o direito decorrente de ação que objetiva a transferência e internação tem caráter personalíssimo.

O *acórdão embargado* da *Segunda Turma*, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, negou provimento ao agravo interno no recurso especial,

decidindo, no ponto, que “[e]sta Corte Superior possui orientação consolidada por meio do sistema de recursos repetitivos, REsp 1.329.193 [**Rectius**: REsp 1.200.856/RS], Tema 743, da Relatoria do Min. Sidnei Beneti, DJe 17/09/2014, em que se firmou o entendimento que a multa diária fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação por sentença de mérito.”

No *acórdão paradigma* da Terceira Turma (REsp 1.722.666/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018), o Autor, depois de realizar um transplante de fígado, ajuizou ação de obrigação de fazer visando compelir a Ré, operadora de plano de assistência à saúde, a fornecer medicamentos para tratamento de Hepatite Tipo “C”.

O juiz da causa deferiu o pedido de tutela antecipada para que a Ré, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, fornecesse a medicação ao Autor, sob pena de multa, decisão posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça em agravo de instrumento.

Em razão do descumprimento da ordem judicial, o juiz de primeira instância determinou nova intimação da Ré para proceder ao imediato cumprimento da decisão antecipatória, sob pena de multa diária fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

No entanto, em face do falecimento do Autor por choque hipovolêmico pós-operatório de transplante hepático, foi proferida sentença de extinção do processo sem resolução de mérito.

Ao julgar a apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso para considerar devida a multa cominatória desde a intimação da Ré até a data do óbito do autor, invertidos os ônus sucumbenciais.

Nesse cenário, o *acórdão paradigma* assim delimitou a questão: “*Cinge-se a controvérsia, portanto, a definir se a multa cominatória conserva a sua exigibilidade após a extinção do processo sem resolução de mérito, observadas as peculiaridades do caso em análise*” (grifei).

E adotou a seguinte solução: “*a despeito da extinção do processo sem resolução de mérito, impõe-se reconhecer a exigibilidade da multa cominatória desde o momento em que a ordem judicial que determinou o fornecimento de medicamentos deixou de ser cumprida por desídia imputável à ora recorrente até a data do falecimento do autor, momento em que o cumprimento da tutela específica já não mais teria nenhuma utilidade.*”

Entendo que está devidamente demonstrado o dissídio jurisprudencial, na medida em que o *acórdão embargado* da Segunda Turma e o *paradigma* da

Terceira Turma se debruçaram sobre a mesma controvérsia jurídica, a partir de um cenário fático muito semelhante, e examinaram, inclusive, o mesmo precedente, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.200.856/RS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Corte Especial*, julgado em 01/07/2014, DJe 17/09/2014), chegando a conclusões diferentes.

Com efeito, ambos se originaram de ações em que foi deferida tutela antecipada para impor à Parte Ré obrigação de fazer (transferir paciente e fornecer medicamento), com fixação de multa diária (nas duas, inclusive, de R\$ 10.000,00). Houve descumprimento da ordem judicial (um total e outro parcial), e sobreveio o óbito da Parte Autora, ensejando a extinção do processo, sem resolução do mérito.

Nesse contexto, o *acórdão embargado* decidiu que “a multa diária fixada em antecipação de tutela somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação por sentença de mérito” (fl. 551); e o *acórdão paradigma*, ao revés, decidiu que se trata de “hipótese excepcional em que se justifica a manutenção da multa cominatória, presente a circunstância de ter havido o descumprimento da ordem judicial antecipatória.”

Quanto ao *paradigma* da *Primeira Turma* (AgInt no AREsp 1.139.084/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019), o deslinde da controvérsia também passou por definir se, depois de extinto o processo sem resolução de mérito, em razão da morte do Autor da ação originária, teriam os sucessores a possibilidade de prosseguir no processo de execução provisória da multa fixada pelo juízo em decorrência do descumprimento do deferimento de tutela antecipatória (entrega de medicamento).

Nesse julgado, que fez expressa menção ao *acórdão prolatado* no primeiro *paradigma* (REsp 1.722.666/RJ, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018), concluiu a Turma Julgadora que:

10. Além das considerações sobre a natureza patrimonial do crédito oriundo da multa diária, há ainda outra questão a ser considerada, referente à própria eficácia do instrumento processual em si. Caso acolhida a argumentação do agravante sobre a intransmissibilidade do crédito, o instrumento da multa diária perderia sua força coercitiva, notadamente nos casos em que o beneficiário da tutela antecipada apresentasse quadro clínico mais grave ou mesmo terminal. Nessas situações, o réu poderia simplesmente descumprir a decisão judicial e esperar pelo falecimento do postulante, na certeza de que não teria de arcar com os custos da desobediência à determinação do Judiciário.

11. Nos casos em que a morte fosse decorrência dessa ilícita omissão estatal, seria criado um cenário completamente esdrúxulo, em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária.

12. A eficácia prática do instrumento previsto no art. 537 do Código Fux restaria assim não só prejudicada, mas verdadeiramente invertida, pois se converteria em meio de estimular o réu a ignorar a determinação judicial e aguardar pelo perecimento do direito da parte autora.

13. Em observância à natureza de crédito patrimonial da multa e à necessidade de preservar seu poder coercitivo, conclui-se que *é possível a execução do valor pelos herdeiros da parte originalmente beneficiária da tutela jurisdicional que fixou as astreintes*, sendo inviável a extinção do processo sem resolução de mérito com fundamento no art. 267, IX do CPC/1973 (art. 485, IX do Código Fux). Deve-se, como decorrência, admitir a habilitação dos herdeiros da parte (ou do espólio, conforme o caso) como seus sucessores processuais.

Portanto, tendo sido devidamente demonstrado o dissídio jurisprudencial, *conheço* dos embargos de divergência.

Antes de adentrar no exame do mérito, propriamente, é oportuno mencionar que há julgado recente da *Segunda Turma* que, em situação bastante semelhante, cita o acórdão da *Primeira Turma* (AgInt no AREsp 1.139.084/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019), para concluir no mesmo sentido do segundo paradigma:

Processual Civil. Fornecimento de medicação. Falecimento da autora. Perda de objeto. Sentença de extinção - art. 267, IV, do CPC. Irresignação. Pretensão pela habilitação e cobrança de multa cominatória. Transmissibilidade aos herdeiros. Crédito de natureza patrimonial, que não apresenta o mesmo caráter personalíssimo da obrigação de fornecer tratamento médico ou medicamento. Possibilidade de prosseguimento da execução pelos sucessores da parte demandante.

I - Na origem, trata-se de ação objetivando compelir os réus à obrigação de fornecimento do medicamento. A ação foi julgada extinta sem resolução do mérito, por perda do objeto, em decorrência do falecimento superveniente da autora. Posteriormente, acolhendo os embargos de declaração opostos, com efeitos infringentes, a sentença foi modificada para decotar de seu teor a condenação à verba honorária.

II - O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em via recursal, negou provimento ao recurso de apelação mantendo o quanto decidido nos aclaratórios infringentes.

III - É plenamente possível o reconhecimento do direito dos sucessores ao recebimento do quantum devido a título de multa diária, visto que, segundo entendimento do STJ, nas demandas cujo objetivo é a efetivação do direito à saúde, a multa diária prevista no art. 461, §§ 4º a 6º, do CPC/1973 (correspondente ao art. 537 do CPC/2015), não se reveste da mesma natureza personalíssima que possui a pretensão principal, representando, em verdade, crédito patrimonial, de modo que é plenamente transmissível aos herdeiros, podendo ser por eles executada. Nesse sentido: **AgInt no AREsp n. 1.139.084/SC, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador T1 - Primeira Turma, DJe 28/3/2019.**

IV - Outrossim, incabível à parte recorrente suscitar o óbice do art. 537, § 1º, do CPC, pois, além de configurar inovação recursal, tal dispositivo se aplica às multas vincendas, e não às multas vencidas, que constituem direito patrimonial transmissível aos sucessores. Aliás, tal argumento também atrai o disposto na Súmula n. 284/STF.

V - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1.761.086/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 23/11/2020, DJe 25/11/2020; sem grifo no original)

Para melhor delineamento da controvérsia, cumpre ressaltar a *natureza jurídica* da multa cominatória (*astreintes*), instituto diuturnamente examinado pelos doutos Ministros desta Corte, aos quais peço licença para citar alguns, ilustrativamente:

A função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação, e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. (REsp 638.806/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 449)

Essa multa, que, por influência do direito francês, também ficou conhecida como *astreinte*, está inserida entre os meios de execução indireta (ao lado da prisão civil e da *contempt of court*), funcionando como instrumento de coerção patrimonial. Visa, em suma, a constranger o devedor ao cumprimento espontâneo da obrigação que lhe é imposta (em caráter liminar ou não), sob pena de, assim não o fazendo, ser obrigado a arcar com uma situação ainda mais desfavorável. (REsp 1.200.856/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 01/07/2014, DJe 17/09/2014)

A multa cominatória, medida de execução indireta, é imposta para a efetivação da tutela específica perseguida ou para a obtenção de resultado prático equivalente nas ações de obrigação de fazer ou não fazer. Em virtude de sua natureza inibitória, destina-se a impedir a violação de um direito, de forma imediata e definitiva. REsp 1.722.666/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018)

[...] para a consecução da “tutela específica”, entendida essa como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º do CPC/1973, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta. (AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 766.996/MT, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

As *astreintes* possuem o propósito específico de coagir a parte a cumprir determinada obrigação imposta pelo juízo em tutelas provisórias e específicas ou mesmo na sentença, inculcando, em seu psicológico, o temor de sofrer sanção pecuniária decorrente de eventual inadimplemento, do que ressaí, indiscutivelmente, seu caráter coercitivo e intimidatório. Trata-se, pois, de técnica executiva, de viés puramente instrumental, destinada a instar a parte a cumprir, voluntariamente (ainda que sem espontaneidade), a obrigação judicial, tal como lhe foi imposta. (REsp 1.804.563/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020)

Não destoa a doutrina de escol, de onde colho os seguintes ensinamentos, extraídos de Bueno, Cassio Scarpinella, *in* Comentários ao Código de Processo Civil – vol. X (arts. 509 a 538): da liquidação e do cumprimento de sentença; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luiz Guilherme Aidar Bandioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018; pp. 364-365:

Dentre as diversas medidas executivas exemplificadas pelo rol do § 1º do art. 536, o art. 537 trata mais minudentemente da multa, buscando discipliná-la em atenção à construção doutrinária e jurisprudencial que se formou em torno dos §§ 4º a 6º do art. 461 do CPC de 1973, tomando, a propósito, partido em várias questões que os mais de vinte anos de convivência com aqueles dispositivos ensejaram até o advento do CPC de 2015.

A multa deve ser compreendida como uma das diversas técnicas executivas com viés coercitivo que tem como finalidade convencer o executado de que é melhor acatar a decisão do magistrado, performando como lhe é determinado, seja para fins (preferencialmente) de obtenção da tutela específica ou, quando menos, para obtenção do resultado prático equivalente.

Tratando-se de medida coercitiva, ela é cumulável com outras multas ou verbas que ostentem natureza jurídica diversa, sem risco de ocorrência de *ne bis in indemn*.

Parece não haver dúvida, portanto, do caráter instrumental das *astreintes*, com viés coercitivo e intimidatório, utilizadas como meio de se forçar o devedor a adimplir a obrigação que lhe foi imposta, em tutela antecipatória ou sentença, a

fim de se garantir o resultado prático buscado pelo autor nas ações de obrigação de fazer ou não fazer.

No julgamento do recurso especial repetitivo citado no acórdão embargado e no primeiro paradigma (REsp 1.200.856/RS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Corte Especial*, julgado em 01/07/2014, DJe 17/09/2014), a controvérsia analisada foi a possibilidade de *execução provisória da multa cominatória*, prevista no § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil de 1973, aplicada em antecipação de tutela, antes da sua confirmação por sentença de mérito.

A tese fixada foi a de que

A multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.

Ficou esclarecido, outrossim, que

O termo “sentença”, assim como utilizado nos arts. 475-N, I, e 475-O do CPC, deve ser interpretado de forma estrita, não ampliativa, razão pela qual é inadmissível a execução provisória de multa fixada por decisão interlocutória em antecipação dos efeitos da tutela, ainda que ocorra a sua confirmação por Acórdão.

Isso porque, na sentença, a ratificação do arbitramento da multa cominatória decorre do próprio reconhecimento da existência do direito material reclamado que lhe dá suporte, então apurado após ampla dilação probatória e exercício do contraditório, ao passo em que a sua confirmação por Tribunal, embora sob a chancela de decisão colegiada, continuará tendo em sua gênese apenas à análise dos requisitos de prova inequívoca e verossimilhança, próprios da cognição sumária, em que foi deferida a antecipação da tutela.

Então se pode concluir que a *ratio decidendi* do julgado realizado sob o rito dos repetitivos está assentada, essencialmente, na *precariedade do provimento jurisdicional antecipatório*, ainda não confirmado por sentença de mérito, o qual, mesmo quando ratificado pelo Tribunal, não ultrapassa os limites da cognição sumária, não exauriente, porque ocorre antes de completada a instrução do processo e do exercício da ampla defesa e do contraditório pela Parte demandada.

Assim, penso que, se não foi admitida a execução provisória das *astreintes* antes da prolação de sentença de mérito, conforme entendimento fixado no referido precedente prolatado sob o rito dos repetitivos – antes da entrada em

vigo do Código de Processo Civil atual –, com mais razão não se admite sua cobrança se o processo foi extinto sem resolução do mérito.

Vale ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 prevê no § 3º do art. 537, a propósito, que “[a] decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.” Ou seja: ainda que a norma processual civil admita a execução provisória, condiciona seu levantamento ao trânsito em julgado da *sentença favorável à parte*.

Todavia, o ilustrado voto condutor do *acórdão paradigma* da *Terceira Turma* (REsp 1.722.666/RJ, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018) faz uma distinção, tecendo as seguintes considerações:

[...] a tese firmada no julgamento daquele recurso repetitivo não contemplou a hipótese de extinção anômala do processo, de maneira prematura e sem resolução de mérito, a exigir nova reflexão acerca do tema sob essa ótica.

Em uma situação como a dos autos, na qual se verificou o falecimento do autor previamente ao desfecho da ação e antes mesmo que ele pudesse fazer uso da medicação almejada, a simples extinção do processo não se mostra a solução mais justa e efetiva, presente a circunstância de ter havido o descumprimento da ordem judicial antecipatória, ainda que não se possa afirmar com absoluta certeza que o evento morte decorreu diretamente da falta dessa medicação.

Com efeito, sobretudo quando se trata do fornecimento de medicamentos de alto custo, é inadmissível que a parte demandada em juízo possa simplesmente optar pelo cumprimento ou não de decisões liminares ou antecipatórias de tutela, sabedora de que, uma vez descumprida a ordem judicial e sobrevindo o falecimento da parte interessada, nada mais será devido a qualquer título, senão em uma eventual demanda de natureza indenizatória.

Em um sistema constitucional que consagra o direito à vida como garantia fundamental e inclui o direito à saúde na categoria dos direitos sociais, não é razoável permitir que a parte, analisando apenas os aspectos financeiros da lide, opte por deixar de cumprir decisões judiciais dessa natureza, ainda mais em hipótese na qual o decurso do tempo traz consequências irremediáveis.

Não há dúvida de que o objeto principal da ação – obrigação de fornecer determinado medicamento – não mais se sustenta após o falecimento de quem foi a juízo como última tentativa de preservação da própria vida. Mas justamente pelo fato de não possuir caráter de ressarcimento mediante conversão da obrigação principal em pecúnia é que a multa cominatória deve subsistir, mesmo após o perecimento do objeto da demanda.

[...]

Assim, *como medida excepcional*, a manutenção da exigibilidade da multa cominatória se apresenta como a solução mais consentânea com o princípio da razoabilidade, até mesmo em reforço à natureza coercitiva do instituto que, a par de proporcionar a satisfação da tutela específica, também tem por escopo garantir plena observância ao princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Solução diversa serviria de estímulo a eventuais ponderações desprovidas de um verdadeiro espírito de humanidade, notadamente nas concessões de provimentos liminares a pacientes portadores de doenças graves em estágio avançado e em estado terminal, haja vista que, sobrevivendo o evento morte, nada mais se poderia exigir a título de multa cominatória.

A aplicação da multa, além disso, é a exceção, que somente se torna impositiva na hipótese de recalcitrância da parte, de modo que para nela não incidir basta que se dê fiel cumprimento à ordem judicial.

Na espécie, portanto, a despeito da extinção do processo sem resolução de mérito, impõe-se reconhecer a exigibilidade da multa cominatória desde o momento em que a ordem judicial que determinou o fornecimento de medicamentos deixou de ser cumprida por desídia imputável à ora recorrente até a data do falecimento do autor, momento em que o cumprimento da tutela específica já não mais teria nenhuma utilidade.

A despeito do substancioso argumento humanitário, com elogiável preocupação do Ministro Relator de garantir uma jurisdição mais efetiva e justa – sentimento, aliás, com o qual me solidarizo e faço coro com Sua Excelência –, penso que a via processual para alcançar tais desideratos deve ser consentânea com os primados do devido processo legal, sem olvidar de outros valores constitucionais igualmente caros.

Ainda que se possa cogitar de má conduta da Parte Ré recalcitrante, eventual direito à indenização por danos causados, derivados desse comportamento, deve ser perquirido em ação própria, com a garantia de observância do devido processo legal.

Com efeito, mesmo se tratado de questão relacionada à vida e à saúde – que conta com a proteção constitucional, elencadas, respectivamente, como garantia fundamental e direito social –, a relevância do bem jurídico tutelado não tem o condão de dispensar o devido processo legal – que também é uma garantia fundamental – para aferição do direito arguido.

Admitir a cobrança de astreites fixadas no início do processo – em caráter liminar e, portanto, prelibatório –, que foi extinto sem o julgamento do mérito, por se tratar de obrigação personalíssima esvaziada com o falecimento da Parte Autora, é assumir a presunção absoluta de veracidade e legitimidade do

direito arguido, sem se ter garantido à Parte supostamente devedora o direito de produzir prova em contrário e se defender, o que parece ser inadmissível em nosso ordenamento jurídico.

Soa como obviedade, mas friso mesmo assim: podem existir inúmeras razões para que a ordem judicial não seja cumprida ou não o seja no tempo determinado, como, por exemplo, a impossibilidade material ou física de se realizar o comando determinado. E, nessa hipótese, “[a] jurisprudência desta egrégia Corte se orienta no sentido de considerar que, verificada a impossibilidade fático-material de se cumprir a ordem judicial, deve ser afastada a multa cominatória, visto que, como meio coercitivo, visa combater eventual descumprimento de ordem judicial que determina o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 921.347/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 24/04/2017). Isso sem falar na possibilidade de o pedido autoral, ao final, ser julgado improcedente, por motivos dos mais diversos.

O intento do provimento jurisdicional antecipatório é o de assegurar, *ab initio*, a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento, com a possibilidade de fixação de multa, com a finalidade, como visto, de compelir o devedor a cumprir a obrigação imediatamente (art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC/1973; art. 536 e 537 do CPC/2015).

O descumprimento, total ou parcial, da decisão antecipatória pela parte ré, frustrando a concretização da tutela jurisdicional, não transmuda a natureza instrumental da multa, que não se convola, pela inércia ou retardo do devedor, em verba indenizatória. E, ademais, sua exigibilidade está intrinsecamente vinculada ao direito material deduzido na ação.

Nesse sentido, os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

“A multa pecuniária, arbitrada judicialmente para forçar o réu ao cumprimento de medida liminar antecipatória (art. 273 e 461, §§ 3º e 4º, CPC) detém caráter híbrido, englobando aspectos de direito material e processual, pertencendo o valor decorrente de sua incidência ao titular do bem da vida postulado em juízo. Sua exigibilidade, por isso, encontra-se vinculada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda. (REsp 1.347.726/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27/11/2012, DJe de 04/02/2013).” (AgInt no AREsp 1.611.376/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 01/03/2021, DJe 06/04/2021)

“A antecipação dos efeitos da tutela, conquanto produza efeitos imediatos à época do deferimento, possui a natureza de provimento antecipatório, no

aguardo do julgamento definitivo da tutela jurisdicional pleiteada, que se dá na sentença, de modo que, no caso de procedência, a antecipação resta consolidada, produzindo seus efeitos desde o momento de execução da antecipação, mas, sobrevindo a improcedência, transitada em julgado, a tutela antecipada perde eficácia, cancelando-se para todos os efeitos, inclusive quanto a multa aplicada (*astreinte*).” (AgInt no AREsp 1.377.811/PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 11/06/2019, REPDJe 04/12/2019, DJe 18/06/2019)” (AgInt no AREsp 1.700.217/SP, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, *Quarta Turma*, julgado em 27/10/2020, DJe 19/11/2020)

A exigibilidade da multa diária depende do sucesso de seu beneficiário na demanda. Precedentes. (AgInt no AREsp 1.295.277/PR, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018)

A natureza jurídica das *astreintes* - medida coercitiva e intimidatória - não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele. (REsp 1.376.871/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, julgado em 08/05/2014, DJe 19/05/2014)

Assim, se a ação é personalíssima, como na hipótese destes autos, e sobrevém a morte da parte autora, a consequência inexorável é a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, incisos IV e IX, do Código de Processo Civil.

Nesse caso, as *astreintes* fixadas em tutela antecipatória não subsistem, sendo incabível a admissão de herdeiros da Autora nos autos para cobrar o que não é mais devido.

Sem embargo, repita-se, o eventual dano causado pela parte ré decorrente da recalcitrância em cumprir a obrigação no tempo e modo devidos é questão a ser deduzida em ação própria.

Ante o exposto, *conheço* dos embargos de divergência, mas os *rejeito*.

É o voto.

VOTO-VISTA

Pedi vista do processo para examiná-lo com maior profundidade.

O ponto nodal da discussão reside em responder à seguinte questão: no caso de descumprimento de obrigação fixada em tutela antecipatória, e vindo a

falecer a parte autora no curso da demanda, as *astreintes* fixadas com base nos arts. 536, § 3º, e 537 do CPC podem ser transmitidas para os seus herdeiros?

O voto da eminente Relatora defende que as *astreintes* possuem a finalidade de compelir o devedor a adimplir a obrigação que lhe foi imposta em decisão judicial, e que, se a ação é personalíssima, sobrevivendo o falecimento da parte autora, a consequência inexorável é a extinção do processo, não mais subsistindo as *astreintes* fixadas, sendo incabível a admissão de herdeiros da parte autora nos autos para cobrar o que não é mais devido.

Peço licença à Relatora para divergir do seu voto. Explico.

A natureza jurídica da *astreinte* consiste em seu caráter coercitivo, intimidatório, acessório e patrimonial, nos termos da lição de Rafael Caselli Pereira (PEREIRA. Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) no CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 35). No mesmo sentido: GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 188.

Não se desconhece que esta Corte Superior, no REsp n. 1.200.856/RS, da Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, DJe de 17/9/2014, firmou o Tema Repetitivo n. 743, segundo o qual: “A multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.”.

Entretanto, a situação discutida nos autos ganha contornos diversos, pois não se discute o momento em que poderia ser iniciada a execução provisória da multa, mas sim se a multa é transmissível em caso de falecimento da parte autora antes do trânsito em julgado.

Sob esse prisma, o STJ tem diversos precedentes – tanto das Turmas que compõem a Primeira quanto a Segunda Seção – atestando que as astreintes, a exemplo do que ocorre em matéria de direito à saúde, transmitem-se aos herdeiros do autor falecido:

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Direito à saúde. Falecimento da parte autora. Multa diária. Transmissibilidade aos herdeiros. Crédito de natureza patrimonial, que não apresenta o mesmo caráter personalíssimo da obrigação de fornecer tratamento médico ou medicamento. Possibilidade de prosseguimento da execução pelos sucessores da parte demandante. Agravo interno do ente estadual a que se nega provimento.

1. O presente Recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3 do STJ, segundo o qual, aos recursos interpostos com fundamento no Código Fux (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo Código.

2. *A multa diária, tratada nos §§ 4º a 6º do art. 461 do CPC/1973 (art. 537 do Código Fux) afigura-se como crédito patrimonial, não se revestindo da mesma natureza personalíssima que possui a pretensão principal, nas demandas cujo objeto é a efetivação do direito à saúde.*

3. O pedido de tais ações é considerado personalíssimo porque somente o autor é quem tem a necessidade do tratamento ou medicamento, em razão de suas condições pessoais de saúde. Para qualquer outra pessoa que não apresente o mesmo quadro clínico, inclusive seus herdeiros, a utilização do remédio ou a submissão ao tratamento não faria qualquer sentido, podendo ser até contraproducente.

4. *Em relação ao pedido principal da ação - qual seja, a efetivação em espécie do direito personalíssimo à saúde -, não se admite a sucessão da parte demandante por seus herdeiros.*

5. *Quanto às questões patrimoniais, por outro lado, e ainda que se relacionem de alguma forma com o direito à saúde em si, a solução é diversa. Isso porque, havendo nos autos pretensão de caráter patrimonial, diversa do pedido personalíssimo principal, o direito subjetivo que embasa a pretensão é um crédito em obrigação de pagar quantia, sendo, por isso, plenamente transmissível aos herdeiros.*

6. *Há que se distinguir, portanto, a obrigação principal cujo adimplemento se busca na Ação - uma obrigação de fazer, no caso de tratamento ou providências aptas a garanti-lo, ou de dar, se o pedido for pelo fornecimento de medicamentos ou outros itens - e eventuais obrigações de pagar, que com aquela não se confundem.*

7. *Eventual morte da parte autora, assim, afetará apenas a obrigação de fazer ou de dar, que apresenta natureza personalíssima, porquanto adequada apenas ao quadro clínico pessoal da parte demandante.*

8. *Obrigações de pagar, por sua vez, são de caráter patrimonial, e por isso não têm sua utilidade prática limitada à parte autora ou às peculiaridades de sua condição clínica. Ao revés, os créditos oriundos de tais obrigações se inserem no conjunto das relações jurídicas econômicas da parte, e como tais são plenamente transmissíveis a seus herdeiros. Julgados: AgInt no AREsp 525.359/MS, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe 1.3.2018; REsp 1.475.871/RS, Rel. Min. **João Otávio de Noronha**, DJe 13.3.2015.*

9. *Por integrar o patrimônio do autor, a multa cominatória aplicada em função da recalcitrância do demandado em proceder ao cumprimento da ordem judicial é perfeitamente transmissível aos sucessores após o falecimento do titular, ainda que seja personalíssima a obrigação principal que lhe deu origem (REsp 1.722.666/RJ, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe 8.6.2018).*

10. Além das considerações sobre a natureza patrimonial do crédito oriundo da multa diária, há ainda outra questão a ser considerada, referente à própria eficácia do instrumento processual em si. Caso acolhida a argumentação do agravante sobre a intransmissibilidade do crédito, o instrumento da multa diária perderia sua força coercitiva, notadamente nos casos em que o beneficiário da tutela antecipada apresentasse quadro clínico mais grave ou mesmo terminal. Nessas situações, o réu poderia simplesmente descumprir a decisão judicial e esperar pelo falecimento do postulante, na certeza de que não teria de arcar com os custos da desobediência à determinação do Judiciário.

11. Nos casos em que a morte fosse decorrência dessa ilícita omissão estatal, seria criado um cenário completamente esdrúxulo, em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária.

12. A eficácia prática do instrumento previsto no art. 537 do Código Fux restaria assim não só prejudicada, mas verdadeiramente invertida, pois se converteria em meio de estimular o réu a ignorar a determinação judicial e aguardar pelo perecimento do direito da parte autora.

13. Em observância à natureza de crédito patrimonial da multa e à necessidade de preservar seu poder coercitivo, conclui-se que é possível a execução do valor, pelos herdeiros da parte originalmente beneficiária da tutela jurisdicional que fixou as astreintes, sendo inviável a extinção do processo sem resolução de mérito com fundamento no art. 267, IX do CPC/1973 (art. 485, IX do Código Fux). Deve-se, como decorrência, admitir a habilitação dos herdeiros da parte (ou do espólio, conforme o caso) como seus sucessores processuais.

14. Agravo Interno do Ente Estadual a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.139.084/SC, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 28/3/2019 - grifos acrescidos).

Processual Civil. Administrativo. Direito à saúde. Multa cominatória. Morte do autor no curso do tratamento. Perda de objeto. Inocorrência. Direito sucessório. Parcelas vencidas. Habilitação de herdeiros. Necessidade. Exclusão das *astreintes*. Possibilidade. Conduta do devedor. Parâmetro de avaliação. Súmula 7/STJ. Não incidência.

1. O óbice da Súmula 7/STJ (A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial) não incide quando o julgamento por esta Corte Superior limita-se a aplicar o direito à luz dos fatos conforme expressamente delineados pela origem. O sentido do enunciado elucida ser vedado a esta Corte redefinir a hipótese fática à luz dos elementos probatórios e respectivos argumentos das partes sobre tais aspectos, mas não tecer novas e distintas conclusões jurídicas acerca das situações descritas na instância ordinária.

2. Na hipótese dos autos, o acórdão de origem deliberada e expressamente desconsiderou a jurisprudência deste Tribunal Superior acerca da possibilidade de execução das *astreintes* vencidas pelos herdeiros do autor falecido, em se tratando de direito à saúde.

3. *Conforme a jurisprudência, em matéria de direito à saúde, admitir a impossibilidade de execução das astreintes pelos herdeiros do autor falecido geraria incentivo econômico inverso ao devedor. O sujeito passivo poderia apostar na fragilidade da saúde do beneficiário para, com mais esforço, resistir ao cumprimento da obrigação judicial de prestação de atendimento médico. O efeito cominatório da multa estaria não só esvaziado, como revertido em desfavor do detentor do direito.*

4. A exclusão da multa deve levar em consideração, primordialmente, a conduta do devedor. A recalcitrância deliberada ou inobservância passiva da ordem judicial devem ser sopesadas lado a lado com esforços de cumprimento da determinação, ainda que não plenamente frutífera, quiçá por eventuais limitações e impedimentos alheios à vontade do obrigado.

5. Hipótese em que o ente federado deixou de cumprir seis ordens judiciais determinando a prestação de atendimento médico domiciliar a idoso de mais de 95 anos, portador de Alzheimer, por mais de 6 meses, sem qualquer indício de tentativa de acolhimento da determinação jurisdicional.

6. No caso, a multa diária foi progressivamente majorada diante da obstinação do Distrito Federal em não fornecer o atendimento médico determinado pela Justiça, tendo, ao final, fixada em R\$ 2 mil diários, porém limitada ao teto de R\$ 60 mil. Os valores não denotam abuso ou excessividade, tanto que nem sequer a parte agravante arguiu sua irrazoabilidade.

7. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.913.035/DF, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 30/8/2021, DJe de 9/9/2021 - *grifos acrescidos*).

Processual Civil. Fornecimento de medicação. Falecimento da autora. Perda de objeto. Sentença de extinção - art. 267, IV, do CPC. Irresignação. Pretensão pela habilitação e cobrança de multa cominatória. Transmissibilidade aos herdeiros. Crédito de natureza patrimonial, que não apresenta o mesmo caráter personalíssimo da obrigação de fornecer tratamento médico ou medicamento. Possibilidade de prosseguimento da execução pelos sucessores da parte demandante.

I - Na origem, trata-se de ação objetivando compelir os réus à obrigação de fornecimento do medicamento. A ação foi julgada extinta sem resolução do mérito, por perda do objeto, em decorrência do falecimento superveniente da autora. Posteriormente, acolhendo os embargos de declaração opostos, com efeitos infringentes, a sentença foi modificada para decotar de seu teor a condenação à verba honorária.

II - O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em via recursal, negou provimento ao recurso de apelação mantendo o quanto decidido nos aclaratórios infringentes.

III - É plenamente possível o reconhecimento do direito dos sucessores ao recebimento do quantum devido a título de multa diária, visto que, segundo entendimento do STJ, nas demandas cujo objetivo é a efetivação do direito à saúde, a multa diária prevista no art. 461, §§ 4º a 6º, do CPC/1973 (correspondente ao art. 537 do CPC/2015), não se reveste da mesma natureza personalíssima que possui a pretensão principal, representando, em verdade, crédito patrimonial, de modo que é plenamente transmissível aos herdeiros, podendo ser por eles executada. Nesse sentido: AgInt no AREsp n. 1.139.084/SC, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador T1 - Primeira Turma, DJe 28/3/2019.

IV - Outrossim, incabível à parte recorrente suscitar o óbice do art. 537, § 1º, do CPC, pois, além de configurar inovação recursal, tal dispositivo se aplica às multas vincendas, e não às multas vencidas, que constituem direito patrimonial transmissível aos sucessores. Aliás, tal argumento também atrai o disposto na Súmula n. 284/STF.

V - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.761.086/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 23/11/2020, DJe de 25/11/2020 - *grifos acrescidos*).

Agravo interno no agravo em recurso especial. Plano de saúde. Fornecimento de *home care*. Inexistência de violação do art. 535 do CPC/1973. Execução das *astreintes*. Fase de liquidação. Reexame de prova. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Ilegitimidade ativa dos genitores para cobrança. Incidência da Súmula 83/STJ. Valor das *astreintes*. Súmula n. 7/STJ. Agravo interno desprovido.

1. 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.

2. Para prevalecer conclusão contrária ao decidido pelo Tribunal estadual, necessária se faz a revisão do acervo fático dos autos, providência inviabilizada, nesta instância superior, pela Súmula 7/STJ.

3. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de ser possível o prosseguimento de execução pelos sucessores da parte demandante para cobrança das *astreintes*, o que ocorreu no presente caso.

4. Infirmar as conclusões do aresto *a quo* sobre o valor da multa diária demandaria o reexame de provas, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 976.766/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8/6/2020, DJe de 12/6/2020 - *grifos acrescidos*).

Recurso especial. Processual Civil. Ação de obrigação de fazer. Medicação. Fornecimento. Doença grave. Tratamento. Antecipação de tutela. Descumprimento. Autor. Falecimento. Multa cominatória. Subsistência. Excepcionalidade.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Ação de obrigação de fazer proposta contra operadora de plano de assistência à saúde visando ao fornecimento de medicação para tratamento de doença grave (Hepatite Tipo "C").

3. Falecimento do autor durante o período de desobediência à ordem judicial, antes mesmo que ele pudesse fazer uso da medicação pretendida.

4. Hipótese excepcional em que se justifica a manutenção da multa cominatória, presente a circunstância de ter havido o descumprimento da ordem judicial antecipatória.

5. *Em um sistema constitucional que consagra o direito à vida como garantia fundamental e inclui o direito à saúde na categoria dos direitos sociais, não é razoável permitir que a parte, analisando apenas os aspectos financeiros da lide, opte por deixar de cumprir decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicação de alto custo.*

6. *Manutenção das astreintes com o propósito de evitar o estímulo a eventuais ponderações desprovidas de um verdadeiro espírito de humanidade, notadamente nas concessões de provimentos liminares a pacientes portadores de doenças graves em estágio avançado e em estado terminal, na certeza de que, sobrevivendo a morte do paciente, nada mais se poderia exigir a título de multa cominatória.*

7. *Por integrar o patrimônio do autor, a multa cominatória aplicada em função da recalcitrância do demandado em proceder ao cumprimento da ordem judicial é perfeitamente transmissível aos sucessores após o falecimento do titular, ainda que seja personalíssima a obrigação principal que lhe deu origem.*

8. Impossibilidade de análise das alegações apresentadas a título de justa causa para o descumprimento da obrigação de fazer, porque demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado na via recursal eleita consoante o disposto na Súmula n. 7/STJ.

9. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.722.666/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/4/2018, DJe de 8/6/2018 - *grifos acrescidos*).

Registrem-se *os dois pilares fundamentais* erigidos nos precedentes desta Corte sobre o tema em debate.

Primeiro, o caráter patrimonial das *astreintes* sobreleva após o óbito da parte autora, não se revestindo da mesma natureza personalíssima que

possui a pretensão principal, o que é bem ilustrado nas demandas cujo objeto é a efetivação do direito à saúde. Em virtude desse fato é que o pedido personalíssimo principal (o tratamento de saúde pleiteado) não se transmite aos herdeiros, mas a execução das *astreintes* é a eles plenamente transmissível, pois configura uma obrigação de pagar quantia que se integra ao patrimônio dos sucessores. É descabido aqui, portanto, o argumento de que as *astreintes* são obrigações acessórias e, por isso, devem seguir a obrigação principal, sendo também extintas. No ponto, Matheus Leite Almendra leciona (ALMENDRA, Matheus Leite. **As astreintes no direito brasileiro: uma análise crítica**. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 145) que: “Dentro dessa análise do caráter acessório da *astreinte*, importante destacar, como adverte a doutrina sobre o tema, que *a multa coercitiva não é acessória da obrigação principal, mas sim do comando judicial propriamente dito [...]*” (*Grifos acrescidos*).

Segundo, caso se entenda pela intransmissibilidade do crédito resultante das *astreintes* para os herdeiros, o instrumento da multa diária perderia completamente o poder coercitivo, desnaturando, assim, sua característica essencial. De fato, a impossibilidade de execução das *astreintes* pelos herdeiros do autor geraria incentivo econômico inverso ao devedor, que seria estimulado a apostar na fragilidade da saúde do beneficiário para, com mais esforço, resistir ao cumprimento da obrigação judicial de prestação de atendimento médico. O efeito intimidatório da multa estaria não só esvaziado, como revertido em desfavor do detentor do direito. Em resumo, a protelação e o aguardo do falecimento do postulante seriam um bom negócio para o devedor recalcitrante - financeiramente falando -, na certeza de que não teria de arcar com os custos da desobediência à determinação do Poder Judiciário. Pior, nos casos em que a morte fosse decorrência dessa postura ilícita, seria criado um cenário em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária.

O art. 537, § 3º do CPC, ao prever que “a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte”, tenciona resguardar o devedor de despender o valor da multa e depois não conseguir reavê-la, em caso de futura improcedência.

Ocorre que, tendo o autor falecido quando vigorava decisão judicial descumprida com fixação de multa em seu favor, não há mais como se reverter tal decisão, sendo a solução legal - e efetivamente mais justa - que a multa pare

automaticamente de incidir a partir do óbito (tendo em vista a impossibilidade de cumprimento da obrigação), mas que os herdeiros possam executar o valor da multa vencida.

Conforme relatório da sentença, à e-STJ, fl. 228, o Estado do Rio de Janeiro - réu na demanda - requereu “[...]a extinção do processo sem julgamento do mérito. Aduz a ocorrência de perda superveniente do interesse processual, em razão da transferência regular da paciente para o Hospital Estadual Vereador Melchiades Calazans, às fls. 150/151”.

Registre-se que a autora permaneceu por 15 (quinze) dias com quase metade de seu corpo queimado e sem o tratamento adequado ao seu estado de saúde, conforme documentação médica acostada aos autos, sendo clarividente que a demora no cumprimento da decisão judicial influenciou de alguma forma no seu falecimento.

Não pode o Poder Judiciário fixar multa coercitiva e, confrontado com o descumprimento da parte ré e com o óbito da parte autora, simplesmente lavar as mãos e tornar um nada jurídico toda a conduta da parte demandada, que simplesmente deixou de cumprir a ordem judicial e ignorou a sanção fixada.

Como já decidido pelo STJ (REsp n. 1.183.774/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/6/2013, DJe de 27/6/2013): “O cumprimento tardio da obrigação, após o transcurso do prazo judicialmente assinalado, sujeita o devedor à incidência de multa cominatória.” Ou seja, não se pode alegar que a transmissão da multa aos herdeiros desnaturaria seu caráter coercitivo apenas porque a obrigação não poderia mais ser cumprida.

A situação é a mesma do cumprimento da decisão judicial a destempo, hipótese em que a multa relativa ao período de descumprimento incidirá normalmente e deverá ser paga, mesmo, insista-se, não havendo mais nenhum efeito coercitivo, diante do fato de já ter sido cumprida a obrigação. A manutenção da multa, no caso, é fundamental para que o devedor inadimplente saiba que a multa terá de ser paga em caso de descumprimento, mesmo que a obrigação principal não possa mais ser cumprida, sob pena de, sabendo que a multa irá se extinguir em caso de óbito do autor ou de cumprimento intempestivo, adotar-se uma postura procrastinatória e de desobediência às decisões judiciais.

Nesse sentido, trago a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**: artigo por artigo. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1.031):

Tendo natureza coercitiva, as *astreintes* sempre beneficiarão a parte que pretende o cumprimento da obrigação. É evidente que, na hipótese de a multa funcionar em sua tarefa de pressionar o obrigado, a parte contrária será beneficiada por sua aplicação, porque conseguirá a satisfação de seu direito em razão do convencimento gerado no devedor em razão da aplicação da multa. *Ocorre, entretanto, que nem sempre a multa surte os efeitos pretendidos, e sempre que isso ocorre será criado um direito de crédito no valor da multa fixada. Nesse caso, não parece correto falar em quem será o beneficiado pela multa para aferir quem é o credor desse valor; melhor será falar em beneficiado pela frustração da multa e a consequente criação de um crédito (grifos acrescidos).*

Os beneficiados pela frustração do poder coercitivo da multa serão os herdeiros, que poderão se habilitar para executar o direito de crédito gerado pela inadimplência do réu.

Sobre a matéria em debate, trago a doutrina de Matheus Leite Almendra (ALMENDRA, Matheus Leite. **As *astreintes* no direito brasileiro**: uma análise crítica. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 145):

Dentro dessa análise do caráter acessório da *astreinte*, importante destacar, como adverte a doutrina sobre o tema, que *a multa coercitiva não é acessória da obrigação principal, mas sim do comando judicial propriamente dito*, o que se comprova em duas circunstâncias.

A primeira seria quando a decisão que impõe a multa é revogada por decisão de reconsideração emanada de juízo de grau superior, o que a torna inexigível. A segunda acontece *quando a decisão se torna impossível de cumprimento por impossibilidade prática relacionada à obrigação, como por exemplo, nos casos em que a obrigação principal deixaria de existir por declaração de vício na sua constituição, ou mesmo por impossibilidade superveniente. Na hipótese de impossibilidade superveniente, vale dizer, a multa seria devida unicamente até o momento em que se inviabilizou o seu cumprimento (grifos acrescidos).*

É justamente isso que se passa quando o falecimento do autor ocorre sem que tenha sido cumprida a ordem judicial de que se originou a multa: a obrigação principal (uma internação em hospital ou o fornecimento de medicamentos, por exemplo) torna-se impossível de ser cumprida, sendo a multa devida apenas até o momento do óbito.

Marcelo Barbosa Sacramone (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários ao artigo 537 do CPC. In: SANTOS, Silas Silva *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**: perspectivas da magistratura. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 618) explica que “se e a prestação se tornou impossível em razão do próprio objeto, a multa não incidirá a partir

da impossibilidade, porque perderia a natureza de medida coercitiva, já que a prestação não poderia efetivamente ser cumprida. Desde o momento em que houve o descumprimento da obrigação principal até o momento em que a prestação era possível, contudo, incidirá a multa pelo descumprimento”.

Matheus Leite Almendra (ALMENDRA, Matheus Leite. **As astreintes no direito brasileiro**: uma análise crítica. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 146) acrescenta:

Sob o ponto de vista da finalidade da multa, no entanto, o caráter patrimonial só se faz concretamente presente na hipótese de restar insatisfeita pela *astreinte* a sua finalidade primordial de coagir o obrigado à prestação que lhe foi cominada. Em outras palavras, o que se quer dizer é que apenas se (e quando) a parte obrigada efetivamente descumpra o preceito a ela dirigido é que a *astreinte* converte-se de uma feição coercitiva para pecuniária. Antes disso, vale dizer, a coerção se dá apenas sobre a pessoa do réu.

A lição referida deixa claro que não há incompatibilidade no fato de a multa ter natureza essencialmente coercitiva e convolar-se em obrigação pecuniária em caso de descumprimento. Se, quando se cumpre a ordem judicial a destempo, tem que se pagar a multa, mesmo sem ter mais nenhum papel de coerção, por qual motivo seria diferente quando se dá o óbito do autor? A patrimonialidade da *astreinte*, que também é parte constitutiva de sua natureza jurídica - existe justamente para proteger a sua coercitividade após o descumprimento da prescrição judicial.

Nesse sentido, a doutrina de Fernando da Fonseca Gajardoni (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao artigo 537 do CPC. In: DELLORE, Luiz *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 834):

Com isso preserva-se o caráter coercitivo da multa (já que o devedor acaba tendo que desembolsar o valor para pagamento da multa, sentindo-se pressionado a cumprir a obrigação), mas, ao mesmo tempo, preserva-se a segurança jurídica e a situação do executado (já que o valor desembolsado não será levantado pelo credor enquanto não confirmada a existência da obrigação).

Mais uma vez, valho-me da doutrina de Matheus Leite Almendra (ALMENDRA, Matheus Leite. **As astreintes no direito brasileiro**: uma análise crítica. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 232-234):

Questão importante acerca da destinação da multa diz respeito à sua transmissibilidade. Como já verificado em ponto específico neste estudo, embora

tenha a multa coercitiva caráter acessório, entendemos haver que se distinguir a obrigação principal, cujo adimplemento se busca na demanda judicial, como eventuais obrigações de pagar, daquela que resultou do seu descumprimento dentro do processo.

Nesse contexto, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em caso em que analisava a transmissibilidade de direito de herança oriunda de direito personalíssimo (especificamente no caso uma necessidade de tratamento/ medicamento, em razão das condições de saúde do autor): [...]

Conforme destacado pela decisão, “os créditos oriundos de tais obrigações se inserem no conjunto das relações jurídicas econômicas da parte, e como tais são plenamente transmissíveis a seus herdeiros” (grifos acrescentados).

É por isso que Marcelo Lima Guerra doutrina que a multa coercitiva é instituto de caráter processual que não tem ligação com o direito material em discussão na demanda, tendo a finalidade de garantir a efetividade das decisões judiciais (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 206). O fato de a obrigação material não mais poder ser cumprida por ser personalíssima (como é a hipótese dos autos, que versa sobre tratamento médico) não ocasiona a extinção da multa, que já se incorporou ao patrimônio dos beneficiados pela frustração da ordem judicial.

Ante o exposto, com os fundamentos aduzidos nesta manifestação, e pedindo todas as vênias à eminente Relatora, voto para conhecer parcialmente dos embargos de divergência e, nessa extensão, dar-lhes integral provimento, reconhecendo-se a transmissibilidade das astreintes para os herdeiros do autor falecido. Em consequência, devolve-se o processo à primeira instância com o intuito de permitir a habilitação dos herdeiros da autora, a fim de que possam executar o pagamento da multa diária pelo descumprimento da decisão de internação em tempo hábil. Não conheço do pleito de e-STJ, fl. 570, para que “seja analisada a fixação da multa do art. 77, IV, e §§ 2º e 4º, do CPC/2015, conforme pedidos deduzidos no recurso de apelação à fl. 258e”, tendo em vista não haver demonstração de divergência no âmbito do presente recurso.

É como voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de divergência interpostos por *Gessica Ferreira de Oliveira* contra acórdão proferido pela Segunda Turma do STJ.

Embargos de divergência interpostos em: 22/7/2019.

Ação: ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada pela ora recorrente, objetivando a transferência para Centro de Terapia Intensiva especializado em queimados, em hospital da rede pública de saúde.

Decisão: deferiu a antecipação da tutela, determinando a imediata transferência da paciente, impondo multa diária de R\$ 10.000,00, em caso de descumprimento da ordem judicial.

Sentença: extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, IV e IX, do Código de Processo Civil, indeferindo a habilitação dos sucessores.

Acórdão: negou provimento à apelação da recorrente e deu parcial provimento à apelação do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da seguinte ementa:

Apelação. Administrativo. Processo Civil. Direito à saúde. Transferência e internação. Tutela antecipada. *Astreintes*. Óbito da demandante. Habilitação dos herdeiros. Extinção do processo sem solução de mérito. Honorários advocatícios.

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em ação ordinária, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, IV e IX, do CPC/2015, condenando o Estado do Rio de Janeiro e o Município de Duque de Caxias em honorários sucumbenciais.

2. As *astreintes* possuem natureza coercitiva, com a finalidade de intimidar e conseguir um comportamento específico determinado pelo magistrado, não se revestindo de um caráter indenizatório.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a execução da multa diária deferida somente é possível após a confirmação da tutela em sentença transitada em julgado. Precedente: (STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.294.947, Rel. Min. Raul Araújo, DJe. 03.08.2015).

4. O óbito da demandante justifica a extinção do processo sem solução de mérito em razão da ausência de pressuposto para o desenvolvimento do processo (art. 485, IV, do CPC/2015), ressaltando que o direito decorrente de ação que objetiva a transferência e internação tem caráter personalíssimo.

5. Não cabe a condenação em honorários de sucumbência, sob o fundamento do princípio da causalidade, uma vez que, sendo o processo extinto sem solução do mérito devido ao falecimento do demandante, apontar uma das partes como causadora do dano ofenderia a ampla defesa e o contraditório. Precedente: TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 0001439-09.2012.4.02.5117, Rel. Des. Fed. Ricardo Perlingeiro, E-DJF2R 15.10.2014.

6. Apelação da demandante não provida e apelação do Estado do Rio de Janeiro parcialmente provida.

(fls. 317)

Embargos de declaração: rejeitados nos termos do acórdão de fls. 377-383.

Recurso Especial: aduz, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 537, *caput*, § 2º, § 3º e § 4º; e ao art. 85, § 10, ambos do CPC/2015.

Decisão Monocrática: conheceu em parte do recurso especial e, nesta extensão, negou-lhe provimento.

Acórdão embargado: por unanimidade, a Segunda Turma desta Corte negou provimento ao agravo interno, nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Julgamento do processo sem julgamento do mérito. *Astreintes* não devidas. Precedente do STJ em repetitivo. Sucumbência. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ. Agravo interno não provido.

1. Esta Corte Superior possui orientação consolidada por meio do sistema de recursos repetitivos, REsp 1.329.193, Tema 743, da Relatoria do Min. Sidnei Beneti, DJe 17/09/2014, em que se firmou o entendimento que a multa diária fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação por sentença de mérito.

2. Observa-se que o acórdão recorrido mostra-se em consonância com o entendimento consolidado acima, razão pela qual não merece reparos.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça norteia-se pela orientação de que sendo o processo julgado sem julgamento de mérito, cabe ao julgador, com base no princípio da casualidade, observar qual parte deu origem à extinção do processo ou mesmo, qual dos litigantes seria sucumbente se existisse o enfrentamento do mérito. REsp 1.678.132/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 13/9/2017; REsp 1.668.366/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/8/2017, DJe 12/9/2017.

4. A modificação do acórdão de origem, com o intuito de se ponderar qual seria a parte sucumbente em caso de julgamento do mérito, exige, necessariamente, o reexame da matéria fático-probatória dos autos, exercício em sede especial em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Convém ressaltar que a interposição do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional também exige que o recorrente cumpra o disposto nos arts. 1.029, §§ 1º e 2º do CPC/2015, e 255, § 1º, *a*, e § 2º, do RISTJ.

6. Verifica-se que o ora recorrente se limitou a transcrever trechos dos julgados paradigmas, não atendendo aos requisitos estabelecidos pelos dispositivos legais supramencionados, restando ausente o necessário cotejo analítico.

7. Agravo interno não provido.

(fls. 545-546)

Embargos de divergência: aduz divergência entre o acórdão embargado e precedentes paradigmas da Terceira (REsp 1.722.666/RJ) e da Primeira Turmas (AgInt no AREsp 1.139.084/SC), sustentando, em síntese, que é possível a execução provisória das *astreintes* pelos sucessores, quando fixadas em sede de antecipação de tutela não confirmada por sentença de mérito, em virtude da morte da parte autora.

Decisão Monocrática: prolatada pela Min. Laurita Vaz, admitiu o processamento dos embargos de divergência.

Voto da e. Relatora, Min. Laurita Vaz: rejeitou os embargos de divergência, considerando incabível a admissão dos herdeiros da parte autora nos autos, ao fundamento de que: a) no julgamento do REsp 1.200.856/RS, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, fixou-se a tese segundo a qual “a multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo”; b) se não é possível a execução provisória das *astreintes* antes da prolação de sentença de mérito, com muito maior razão não se deve admitir sua cobrança se o processo foi extinto sem resolução do mérito; c) o § 3º do art. 537 do CPC/2015 admite a execução provisória da multa cominatória, mas condiciona seu levantamento ao trânsito em julgado da sentença favorável à parte; d) eventual direito à indenização por danos causados, derivados do comportamento recalcitrante da parte ré, deveria ser perquirido em ação própria; e) admitir a cobrança de *astreintes* fixadas no início do processo que foi extinto sem o julgamento do mérito seria o mesmo que assumir a presunção absoluta de veracidade e legitimidade do direito arguido pelo autor; e f) o descumprimento, total ou parcial, da decisão antecipatória pela parte ré, frustrando a concretização da tutela jurisdicional, não transmuda a natureza instrumental da multa, que não se convola, pela inércia ou retardo do devedor, em verba indenizatória.

Pediu vista dos autos o Min. Og Fernandes, conforme certidão de fl. 642.

É o relatório.

O propósito dos embargos de divergência consiste em dizer se, em demandas cujo objetivo é a efetivação dos direitos à vida e à saúde, é possível, excepcionalmente, a execução das *astreintes* pelos sucessores da parte em favor de quem foram impostas, quando a morte ocorrer após a decisão de deferimento da tutela antecipada, mas antes da prolação da sentença de mérito.

I – Dos requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência

1. A parte embargante traz à colação os seguintes julgados, a título de divergência jurisprudencial interna nesta Corte Superior:

A) REsp 1.722.666/RJ, Terceira Turma, DJe 8/6/2018

Ação: de obrigação de fazer proposta em face de operadora de plano de assistência à saúde, na qual se pleiteava a obtenção de medicamento para tratamento de Hepatite Tipo “C”.

Acórdão: negou provimento ao recurso especial, ao fundamento de que, “por integrar o patrimônio do autor, a multa cominatória aplicada em função da recalcitrância do demandado em proceder ao cumprimento da ordem judicial é perfeitamente transmissível aos sucessores após o falecimento do titular”, máxime tendo em vista a necessidade de se evitar “o estímulo a eventuais ponderações desprovidas de um verdadeiro espírito de humanidade, notadamente nas concessões de provimentos liminares a pacientes portadores de doenças graves em estágio avançado e em estado terminal, na certeza de que, sobrevivendo a morte do paciente, nada mais se poderia exigir a título de multa cominatória”.

B) AgInt no AREsp 1.139.084/SC, Primeira Turma, DJe 28/3/2019

Ação: embargos à execução opostos com o objetivo de se opor à cobrança de multa diária decorrente de descumprimento de ordem judicial, que, em antecipação de tutela, havia determinado o fornecimento de medicamentos à agravada.

Acórdão: negou provimento ao agravo interno, ao fundamento de que, “em observância à natureza de crédito patrimonial da multa e à necessidade de preservar seu poder coercitivo, (...) é possível a execução do valor, pelos herdeiros da parte originalmente beneficiária da tutela jurisdicional que fixou as *astreintes*”, notadamente tendo em vista que solução diversa representaria “cenário completamente esdrúxulo, em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza,

deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária”.

2. Na linha do art. 1.043, § 4º, do CPC/15 e do art. 255, § 1º, do RISTJ, aos embargos de divergência importa mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

3. Nesse contexto, é suficiente à demonstração da divergência o relato da crise de direito material existente entre as partes litigantes e a respectiva pretensão envolvida, cujo conteúdo se identifica também em outros processos.

4. Analisados os acórdãos apontados como divergentes, verifica-se que há identidade na base fática controvertida. De fato, em todos eles, discute-se, como nos presentes autos, a possibilidade de os sucessores, após a morte da parte autora, executarem a multa diária fixada para o cumprimento de tutela antecipada anteriormente deferida.

5. No particular, é imperioso concluir, na linha do voto proferido pela em. Relatora, que estão presentes as circunstâncias que identificam os casos confrontados, pois a controvérsia reside precisamente na possibilidade de sucessores executarem os valores fixados a título de *astreintes*, na hipótese em que o processo é extinto sem resolução de mérito, em virtude da morte da parte autora.

6. Assim, importa decidir o mérito do presente recurso, pois existem duas soluções divergentes nesta Corte: a) de um lado, acórdãos da Primeira e da Terceira Turmas admitem a execução das *astreintes* pelos sucessores, quando fixadas em sede de antecipação de tutela não confirmada por sentença de mérito, em virtude da morte da parte autora; e b) de outro lado, o acórdão embargado da Segunda Turma negou a possibilidade da execução das *astreintes* pelos sucessores na mesma hipótese de morte da parte autora, pois a multa diária, fixada em antecipação de tutela, somente poderia ser objeto de execução provisória após a sua confirmação por sentença de mérito.

7. Presente a divergência entre órgãos fracionários que compõem diversas Seções, deve ser julgada a controvérsia pela Corte Especial do STJ, na forma do art. 11, XIII, do RISTJ.

II - Da solução da divergência jurisprudencial

II.1 - Natureza jurídica das astreintes

8. De início, importa consignar que “a multa pecuniária ou *astreinte* consiste na imposição ao obrigado ao pagamento de uma quantia, de regra por

cada dia de atraso, mas que pode ser por outro interregno (semana, quinzena ou mês), como se infere do uso da palavra periodicidade no art. 537, § 1º, e da expressão ‘por período de atraso’ no art. 814, *caput*, no cumprimento da obrigação, livremente fixada pelo juiz e sem relação objetiva alguma com a importância econômica da obrigação ou da ordem judicial” (ASSIS, Araken de. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 797 a 823. v. 8. São Paulo: RT, 2016).

9. A delimitação da natureza jurídica da *astreinte*, nesse contexto, perpassa pela constatação elementar de que o mundo do direito, tal qual delineado por Pontes de Miranda, é formado por fatos jurídicos, noção fundamental do direito, dos quais promana todo e qualquer efeito jurídico: “só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: pessoas físicas e jurídicas. Atual. por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 1. p. 60).

10. Em suma, leciona o mestre tratadista que todos “os direitos, as pretensões, as ações, as exceções, como os deveres, as obrigações, as posições passivas nas ações e nas exceções, são eficácia dos fatos jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: eficácia jurídica, direitos e ações. Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. 5. p. 69).

11. Na esteira das referidas lições, é possível demonstrar, de forma definitiva, que a multa cominatória, do ponto de vista de sua natureza jurídica, não possui caráter indenizatório, mas sim inibitório ou coercitivo.

12. Isso porque o dever de arcar com o pagamento das *astreintes* e o dever de indenizar os danos causados são efeitos de fatos jurídicos absolutamente distintos.

13. De fato, enquanto o dever de indenizar é fruto de ato ilícito indenizativo consubstanciado na causação de um dano indenizável a outro sujeito de direito, o dever imposto à parte recalcitrante de arcar com as *astreintes* encontra sua fonte em um fato jurídico diverso e específico, qual seja o ato ilícito processual consistente no descumprimento de uma ordem judicial. São dois deveres distintos provenientes de dois fatos jurídicos igualmente diversos.

14. Dito de outro modo, ao contrário da indenização, que visa a recompor desfalque causado ao setor patrimonial da esfera jurídica de determinado sujeito de direito, a multa cominatória é voltada à defesa da autoridade do próprio Estado-Juiz (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz

e MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021).

15. A referida distinção se extrai, ademais, da própria previsão do art. 500 do CPC/2015, segundo a qual “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação”.

16. Nesse sentido, vale a menção às lições de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, que ressaltam a distinção entre as *astreintes* e a indenização, *verbis*:

As *astreintes* têm uma peculiaridade, pois por muito tempo lhes foi atribuída a natureza de indenização, mediante uma evidente confusão entre ressarcimento do dano e multa voltada a constranger ao cumprimento da decisão. Tal confusão, na verdade, apenas foi dissipada em meados do século passado, quando a Corte de Cassação francesa deixou claro o objeto e a razão de ser de uma e outra.

É claro que, quando se faz a confusão entre ressarcimento e multa, está se pensando em ressarcimento pelo equivalente em pecúnia, e não em ressarcimento na forma específica, ou seja, naquele que se dá mediante um fazer ou de entrega de coisa em substituição à destruída.

Porém, ressarcir pelo equivalente significa responder por um dano mediante dinheiro. Esta finalidade nada tem a ver com a da multa. A multa não objetiva dar algo ao lesado em troca do dano, ou mais precisamente, obrigar o responsável a indenizar o lesado que sofreu o dano.

Aliás, em alguns casos, a tutela jurisdicional pode depender da multa sem que o autor sequer tenha pedido ressarcimento pelo equivalente. É o caso, por exemplo, da tutela inibitória, destinada a evitar a violação do direito. Esta tutela, para ser efetivada, em regra depende da imposição de multa para que o demandado seja realmente constrangido a não violar, mas não almeja, nem de longe, qualquer indenização em pecúnia.

O fato de a multa poder não surtir o efeito de convencer o demandado a cumprir a decisão, e assim transformar-se em sanção pecuniária devida pelo inadimplente, obviamente não significa que ela possa servir para indenizar o dano. A sanção pecuniária não tem qualquer relação com o dano, pois a este basta unicamente o ressarcimento.

(MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2021)

17. Conforme esclarece Araken de Assis, “o fim da *astreinte* não é o de criar crédito pecuniário em favor do exequente, embora tal aconteça no caso de

recalcitrância, mas o de premir o executado para realizar execução específica” (ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 5. ed. São Paulo: RT, 2020).

18. Em âmbito jurisprudencial, é pacífico o entendimento de que a multa cominatória não se confunde com a indenização, possuindo caráter inibitório ou coercitivo. Nesse sentido: REsp 1.862.279/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigbi, *Terceira Turma*, julgado em 19/05/2020, DJe 25/05/2020; AgInt no REsp 1.761.086/SP, *Segunda Turma*, julgado em 23/11/2020, DJe 25/11/2020; AgInt no REsp 1.685.060/RS, *Quarta Turma*, julgado em 25/11/2019, DJe 27/11/2019.

19. Ademais, tampouco deve a multa cominatória ser confundida com a conversão da obrigação principal em equivalente pecuniário.

20. De fato, dúvida não há de que o objeto da ação – na hipótese, obrigação de transferência para Centro de Terapia Intensiva especializado em queimados – não mais subsiste após a morte da autora.

21. No entanto, justamente pelo fato de não representar a conversão da obrigação principal em indenização é que as *astreintes* devem subsistir, mesmo após o perecimento do objeto principal da demanda.

22. Com efeito, fosse a multa cominatória verdadeira conversão da obrigação principal em indenização, por uma questão lógica, uma vez extinto o objeto da demanda, extinguir-se-iam, concomitantemente, as *astreintes*.

23. Em reforço do que se acaba de afirmar, é oportuno ressaltar que a multa cominatória permanece exigível mesmo que ocorra o cumprimento com atraso da obrigação imposta ou sua conversão em perdas e danos, o que evidencia que as *astreintes* são autônomas, não guardando qualquer relação com o dever de reparar eventuais danos causados pela demora no cumprimento da ordem judicial.

24. Desse modo, é seguro afirmar que as “astreintes” - instrumento de execução indireta previsto, sobretudo, nos arts. 536 e 537 do CPC/2015 - têm por escopo garantir a efetivação da tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente. Por meio de sua imposição almeja-se induzir as partes a cumprir determinações judiciais que lhes foram impostas (em tutela provisória ou não), em prestígio ao princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais no contexto do moderno processo civil de resultados, motivo pelo qual possuem natureza inibitória ou coercitiva e não indenizatória (Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2020).

II.II – Da execução provisória das *astreintes* – distinção com relação ao REsp 1.200.856/RS

25. No julgamento do REsp 1.200.856/RS, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti - submetido ao rito dos recursos repetitivos e utilizado como razão de decidir pelo acórdão embargado e pela e. Relatora -, esta Corte Especial fixou o entendimento, *ainda sob a égide do CPC de 1973*, de que a multa diária, “devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.”

26. O referido entendimento encontra-se em sintonia com os precedentes desta Corte Superior, segundo os quais a exigibilidade das *astreintes* está intrinsecamente atrelada ao direito material deduzido na ação. A propósito: AgInt no AREsp 1.700.217/SP, *Quarta Turma*, julgado em 27/10/2020, DJe 19/11/2020; AgInt no REsp 1.393.844/SP, *Quarta Turma*, julgado em 11/06/2019, DJe 27/06/2019; REsp 1.006.473/PR, *Quarta Turma*, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012.

27. Impende observar, não obstante, que o mencionado precedente firmado no julgamento do REsp 1.200.856/RS, ainda sob a égide do CPC/1973, é distinto da hipótese dos autos, tanto em seus aspectos fáticos subjacentes, quanto no que diz respeito à questão jurídica apreciada.

28. Com efeito, naquela oportunidade, deparou-se esta Corte com recurso especial proveniente, na origem, de “ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos e declaratória de responsabilidade civil”, relacionada à construção de empreendimento imobiliário, nada dizendo respeito, portanto, aos direitos fundamentais à vida e à saúde, como na espécie.

*29. Ademais, naquele julgamento, o debate ficou adstrito, tão somente, ao exame do momento a partir do qual a multa cominatória se tornaria exigível, ou seja, à possibilidade ou não de execução provisória das *astreintes* aplicadas em antecipação de tutela antes da sua confirmação por sentença de mérito.*

30. Não fazia parte do objeto daquele julgamento, portanto, o exame da possibilidade de transmissão aos sucessores do direito à multa cominatória nas hipóteses de morte da parte a favor de quem esta foi fixada.

31. Em síntese, tinha-se em mira apenas as situações em que o processo chega ao seu fim precípua, por meio de um juízo de procedência ou improcedência

dos pedidos formulados na exordial, sem qualquer discussão acerca daquelas hipóteses, como a dos autos, em que o processo é extinto prematuramente sem resolução de mérito, isto é, sem a realização de sua principal finalidade, que é a pacificação social por meio da resolução dos conflitos de interesses.

32. Assim, com a devida vênia das opiniões em contrário, em hipóteses como a dos autos – nas quais se está a tratar dos direitos fundamentais à vida e à saúde e se verifica a morte do autor previamente ao desfecho da ação – e tendo em vista o advento do novo Código de Processo Civil, revelam-se imprescindíveis reflexões mais detalhadas.

II.III – Da excepcional transmissibilidade das astreintes aos sucessores

33. Na espécie, como cediço, se está diante de hipótese de tutela antecipada relacionada aos direitos fundamentais à vida e à saúde, situação em que o decurso do tempo traz consequências irremediáveis para o jurisdicionado.

34. De fato, conforme já relatado, pleiteava-se, na exordial, a transferência da autora para Centro de Terapia Intensiva especializado em queimados, em hospital da rede pública de saúde, tendo sido deferida a antecipação dos efeitos da tutela, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

35. No entanto, a transferência da paciente, acometida de relevante queimadura em quase metade do corpo e insuficiência respiratória, ocorreu apenas 15 (quinze) dias após o deferimento da tutela antecipada.

36. Tal consideração é da mais alta relevância, não apenas para se estabelecer distinção com relação ao precedente firmado no julgamento do já citado REsp 1.200.856/RS – utilizado como razão de decidir pelo acórdão embargado e pela e. Relatora –, mas, sobretudo, por ressaltar a especificidade da hipótese em exame e a relevância dos valores que subjazem à presente demanda.

37. Nesse contexto, o deslinde da controvérsia perpassa, sobretudo, pela interpretação do disposto no § 3º do art. 537 do CPC/2015, segundo o qual “a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte”.

38. Com efeito, é indispensável que se realize, à luz das especificidades da hipótese dos autos, uma interpretação teleológica e sistemática do disposto no § 3º do art. 537 do CPC/2015 – e também dos demais dispositivos que tratam das tutelas de urgência –, sem descurar dos princípios que embasam o sistema jurídico nacional.

II.III.I – *As astreintes integram o patrimônio do de cujus*

39. De início, deve-se destacar que, além do caráter inibitório e coercitivo mencionados, as *astreintes* possuem **natureza jurídica patrimonial**, isto é, já integram o patrimônio da parte a quem aproveitaria o cumprimento da tutela de urgência, desde o momento em que a ordem judicial foi descumprida.

40. No âmbito do direito positivo, o § 3º do art. 537 do CPC/2015 – que não possui correspondente no CPC/1973 – autoriza, expressamente, a execução provisória da multa cominatória mesmo antes da sentença de mérito. Ora, justamente porque as *astreintes* já integram o patrimônio da parte é que a lei processual civil autoriza a sua execução desde logo.

41. De fato, no sistema jurídico nacional, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no Direito Alemão, prevalece o entendimento, por expressa disposição do § 2º do art. 537, de que a multa cominatória deve reverter em favor da parte a quem aproveitaria o cumprimento da ordem judicial, integrando o seu patrimônio, o que, novamente, evidencia a natureza patrimonial mencionada. A propósito: REsp 1.006.473/PR, *Quarta Turma*, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012; REsp 1.063.902/SC, *Primeira Turma*, julgado em 19/08/2008, DJe 01/09/2008; REsp 770.753/RS, *Primeira Turma*, julgado em 27/02/2007, DJ 15/03/2007, p. 267.

42. No âmbito jurisprudencial, esta Corte Superior, em diversos precedentes análogos à hipótese dos autos, envolvendo a morte da parte autora beneficiária das *astreintes*, fixou o entendimento de que, dada a sua natureza patrimonial, a multa cominatória, de fato, integraria o patrimônio do *de cujus*. A propósito: AgInt no AREsp 525.359/MS, *Primeira Turma*, julgado em 06/02/2018, DJe 01/03/2018; AgInt no AREsp 1.139.084/SC, *Primeira Turma*, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019; REsp 1.722.666/RJ, *Terceira Turma*, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018; REsp 1.475.871/RS, *Terceira Turma*, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015.

43. Assim, como consectário lógico, uma vez integrando o patrimônio do *de cujus*, é imperiosa a conclusão de que a multa cominatória transmite-se aos sucessores da parte em caso de morte.

II.III.II – *Da interpretação teleológica*

44. Poder-se-ia objetar, nesse contexto, que, muito embora a nova lei processual autorize a execução provisória das *astreintes* antes da prolação de

sentença de mérito, condiciona o seu *levantamento* ao trânsito em julgado da sentença favorável à parte, o que não ocorreria nas hipóteses em que a morte se verifica após a decisão de deferimento da tutela antecipada, mas antes da prolação da sentença, como na espécie.

45. No entanto, não se pode olvidar que as normas jurídicas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”, de modo que “a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 50-52).

46. Assim, para a correta interpretação do disposto no § 3º do art. 537 do CPC/2015, há que se distinguir a obrigação principal, cujo adimplemento se buscava na ação – na espécie, obrigação de fazer consistente na remoção da parte autora para outro hospital especializado –, da obrigação de arcar com a multa cominatória imposta em virtude da recalcitrância da parte ré em cumprir a determinação judicial fixada em antecipação de tutela.

47. Quanto à obrigação principal, não há que se cogitar de transmissibilidade aos sucessores, em virtude de seu caráter personalíssimo. Deveras, uma vez falecido o autor da ação, não possuem os sucessores, por óbvio, interesse em pleitear a remoção para outro hospital, o recebimento de determinado medicamento ou a realização de certo tratamento.

48. A multa cominatória, por outro lado, como já afirmado, possui natureza nitidamente patrimonial e, portanto, ao contrário da obrigação principal, não possui caráter personalíssimo.

49. Nesse passo, do ponto de vista da interpretação teleológica, deve-se ter presente que o instituto das *astreintes*, como já afirmado, tem por finalidade compelir a parte recalcitrante a cumprir ordem judicial que lhe foi imposta.

50. Desse modo, com a devida vênia das opiniões em contrário, não há como prosperar a conclusão do acórdão embargado, corroborada pelo voto da e. Relatora, no sentido de que os sucessores da autora não poderiam executar a multa diária fixada em antecipação de tutela, pois tal solução se encontra em total descompasso com o próprio escopo do instituto das *astreintes*.

51. Com efeito, a mera extinção do processo sem a habilitação dos sucessores para executar a multa cominatória significaria verdadeiro desestímulo ao cumprimento de

decisões judiciais, sobretudo aquelas proferidas em tutelas de urgência, enfraquecendo a eficácia inibitória e coercitiva do instituto.

52. Em síntese, a eficácia prática do instrumento previsto no art. 537 do CPC/2015 “restaria assim não só prejudicada, mas verdadeiramente invertida, pois se converteria em meio de estimular o réu a ignorar a determinação judicial e aguardar pelo perecimento do direito da parte autora” (AgInt no AREsp 1.139.084/SC, *Primeira Turma*, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

53. Em um sistema constitucional que consagra os direitos fundamentais à vida e à saúde, revela-se inadmissível que determinada parte processual possa, pura e simplesmente, vislumbrando apenas os aspectos financeiros da lide, optar por não cumprir as decisões proferidas no âmbito de tutelas de urgência, na esperança de que, com a morte da outra parte, reste desobrigada de arcar tanto com a obrigação principal, quanto com a multa cominatória fixada.

54. Como destacado no acórdão paradigma, “solução diversa serviria de estímulo a eventuais ponderações desprovidas de um verdadeiro espírito de humanidade, notadamente nas concessões de provimentos liminares a pacientes portadores de doenças graves em estágio avançado e em estado terminal, haja vista que, sobrevivendo o evento morte, nada mais se poderia exigir a título de multa cominatória” (REsp 1.722.666/RJ, *Terceira Turma*, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018).

55. Destarte, a partir de uma interpretação teleológica, é forçoso concluir que o entendimento sufragado no acórdão embargado se encontra, absolutamente, em conflito com a finalidade das astreintes, promovendo verdadeiro enfraquecimento da sua natureza inibitória e coercitiva e esvaziando a utilidade prática do instituto.

II.III.III – Da interpretação sistemática

56. Também do ponto de vista sistemático, deve-se ter presente, em hipóteses peculiares como a dos autos, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para o deslinde da controvérsia.

57. De fato, na esteira das clássicas lições de Immanuel Kant – que fornecem os fundamentos da noção contemporânea de dignidade humana que se faz presente nas Declarações Internacionais de Direitos, nas Convenções Internacionais e nas legislações internas das mais diversas nações –, pode-se afirmar que o referido princípio exige, sobretudo, que a pessoa humana seja considerada e tratada como um fim em si mesmo, pois somente ela – e não as coisas – é dotada desse valor absoluto chamado dignidade.

58. Assim - sem descurar da perda de densidade normativa que o referido princípio sofreu nas últimas décadas em virtude, sobretudo, de sua banalização -, é possível afirmar, buscando conferir concretude dogmática à questão, que haverá violação ao princípio da dignidade da pessoa humana sempre que houver a utilização da pessoa não como um fim, mas como um meio ou instrumento para se alcançar determinada finalidade, isto é, sempre que o ser humano for submetido a um processo de objetificação ou coisificação.

59. Na espécie, facultar a que uma das partes, partindo de uma lógica verdadeiramente mórbida e nefasta, vislumbrando a situação periclitante de saúde da parte em favor de quem foi fixada a multa cominatória, opte por não cumprir a tutela antecipada deferida, significaria admitir que a vida e a saúde do ser humano poderiam ser utilizadas como meros instrumentos - quiçá investimentos - para se auferir vantagem econômica, em uma ponderação dissociada de qualquer valor humanitário, o que representaria inegável violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

60. Com efeito, ao se vedar que os sucessores do beneficiário das astreintes possam, após a morte deste, executar a multa cominatória fixada, é indene de dúvidas que, quanto mais grave for a situação de saúde da parte beneficiada pela multa, maior será o estímulo para que a outra não cumpra a decisão judicial fixada em antecipação de tutela, na esperança do advento do fim da vida e, conseqüentemente, da extinção do dever de arcar com a referida verba.

61. Deveras, inclusive do ponto de vista da análise econômica do direito (AED) - tão em voga atualmente para o bem e para o mal -, é imperioso observar que os agentes econômicos atuam a partir de escolhas racionais, isto é, buscam, com o menor custo possível, a satisfação de seus interesses em um ambiente de recursos escassos. Assim, também sob esse prisma, com a devida vênia das opiniões em contrário, deve-se ter presente que a interpretação prevalecente no acórdão embargado e corroborada pela em. Relatora acabará, inevitavelmente, representando incentivo a condutas odiosas, que não são compatíveis ou almejadas pela ordem jurídica.

62. Tal consideração é da mais alta relevância, pois, por expressa previsão do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei n. 13.655 de 2018, deve o juiz, ao decidir, considerar as conseqüências práticas de sua decisão.

63. Assim, partindo de uma interpretação sistemática e tendo em vista a necessidade de tutelar os direitos fundamentais à saúde e à vida, é forçoso

concluir que o acórdão embargado veicula interpretação que representa verdadeira violação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que autoriza e incentiva comportamentos que rebaixam o valor da vida humana em prol de vantagens econômicas.

II.III.IV – Do voto da e. Relatora e da tese que deve prevalecer

64. Rogando as mais respeitosas vênias à em. Relatora, é imprescindível tecer considerações sobre alguns pontos que serviram de fundamento para se negar provimento aos presentes embargos.

65. De fato, não há como prevalecer a afirmação, calcada no julgamento do REsp 1.200.856/RS, de que não seria admitida a execução provisória das *astreintes* antes da prolação de sentença de mérito, porquanto o novo Código de Processo Civil, como já afirmado, a admite, expressamente, no § 3º do art. 537 do CPC/2015.

66. Ademais, é imprescindível ressaltar que não há que se remeter os sucessores à eventual ação indenizatória, considerando inadequada a via processual eleita.

67. Isso porque, como cediço, não se está pleiteando indenização por danos causados, mas sim o recebimento, por sucessão, das *astreintes* fixadas em favor da autora, ora falecida.

68. De fato, conforme já destacado, não há que se confundir a multa cominatória com eventual indenização, notadamente por representarem eficácia de fatos jurídicos distintos.

69. Em suma, não se nega que os sucessores poderão, em tese, ajuizar ação indenizatória, com o objetivo de obter ressarcimento de eventuais danos sofridos (p.ex. dano moral por ricochete), mas tal conclusão em nada se relaciona com a questão ora examinada acerca da possibilidade de execução da multa cominatória pelos sucessores da parte autora.

70. Além disso, não merece prosperar, outrossim, o argumento de que a execução pelos sucessores não seria possível, tendo em vista o fato de que, extinto o processo sem resolução de mérito, a parte devedora não teria tido oportunidade de se defender, existindo verdadeira presunção absoluta de veracidade do direito arguido pelo *de cuius*.

71. Com efeito, a tutela antecipada possui requisitos próprios para o seu deferimento, que não se confundem com o próprio mérito da demanda. Em

outras palavras, os pressupostos para o deferimento da tutela de urgência são específicos e não se confundem com os requisitos necessários para o julgamento de procedência dos pedidos formulados na inicial.

72. Desse modo, na espécie, sendo as *astreintes* fruto da recalcitrância no cumprimento de ordem judicial de deferimento de tutela antecipada, não há que se falar em violação aos primados do contraditório e da ampla defesa, a impedir a execução da multa cominatória pelos sucessores, notadamente porque, quanto ao deferimento da tutela de urgência, amplas foram as possibilidades de se exercer tais garantias constitucionais.

73. Ademais, eventual inconformismo com o deferimento da tutela de urgência pode, inclusive, ser objeto de recurso perante o órgão jurisdicional competente.

74. Quanto à alegada existência de inúmeras razões para que a ordem judicial não seja cumprida ou não seja cumprida no tempo determinado, reprisando as vênias à em. Relatora, importa consignar que, nesta hipótese, caberá à parte a quem foi imposta a ordem judicial justificar o seu não cumprimento, não se revelando lógico ou razoável inverter o ônus da prova em prejuízo dos sucessores, impedindo a execução da multa cominatória e favorecendo aquele que não cumpre ordens emitidas pelo Poder Judiciário.

75. Não se pode ignorar, ainda, por mais evidente que seja, que a imposição da multa cominatória é medida excepcional que só tem lugar diante da recalcitrância da parte, de tal modo que, para nela não incidir, bastaria que desse fiel cumprimento à ordem judicial que lhe foi imposta.

76. Repise-se, nesse contexto, que se está diante de hipótese excepcional, isto é, de hipótese envolvendo os direitos fundamentais à vida e à saúde, em que sobrevém a morte da parte beneficiária das *astreintes* antes da resolução do mérito da demanda.

77. Não se olvida, portanto, que, por expressa disposição legal, o levantamento da multa cominatória está, em regra, condicionado ao trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

78. No entanto, a referida regra geral, como já destacado, deve ser interpretada sistemática e teleologicamente, o que permite que se avance na matéria em hipóteses excepcionais como a dos autos, máxime tendo em vista a natureza patrimonial das *astreintes*.

79. Com efeito, em diversos precedentes, o Superior Tribunal de Justiça, por suas diversas Turmas, atuando como verdadeiro Tribunal da Cidadania,

prestigiando uma interpretação coerente, harmônica e, sobretudo, humanitária do Direito, fixou o entendimento de que as *astreintes* são transmissíveis aos sucessores da parte após o seu falecimento, ainda que tenham sido aplicadas em decorrência de obrigação personalíssima, de modo que a simples extinção do processo, sem o pagamento da multa, não se mostraria a solução mais justa e efetiva. Nesse sentido: REsp 1.840.280/BA, *Terceira Turma*, julgado em 24/08/2021, DJe 09/09/2021; AgInt no REsp 1.761.086/SP, *Segunda Turma*, julgado em 23/11/2020, DJe 25/11/2020; AgInt no AREsp 1.139.084/SC, *Primeira Turma*, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019; REsp 1.722.666/RJ, *Terceira Turma*, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018; AgInt no AREsp 976.766/SP, *Terceira Turma*, julgado em 08/06/2020, DJe 12/06/2020.

80. Desse modo, em hipótese *sui generis* como a dos autos, partindo-se de uma interpretação teleológica e sistemática do instituto das *astreintes*, sobretudo do § 3º do art. 537 do CPC/2015, e tendo em vista, ainda, que a multa cominatória integra o patrimônio do *de cuius*, é imperioso concluir que, em demandas cujo objetivo é a efetivação dos direitos à vida e à saúde, é possível, excepcionalmente, a execução das *astreintes* pelos sucessores da parte em favor de quem foram impostas, quando a morte ocorrer após a decisão de deferimento da tutela antecipada, mas antes da prolação da sentença de mérito.

81. Na espécie, portanto, remanesce a exigibilidade da multa cominatória desde o momento em que o comando judicial que determinou a transferência da então autora deixou de ser cumprido até a data do seu falecimento, momento em que o cumprimento da tutela específica já não mais teria qualquer utilidade.

III – Conclusão

82. Forte nessas razões, *conheço e dou provimento* aos embargos de divergência, para, em linha com os acórdãos paradigmas, dar parcial provimento ao recurso especial, deferindo a habilitação dos sucessores da parte autora, a fim de que possam executar o valor referente às *astreintes*, que passa a compor o título judicial, devendo prevalecer, nesta Corte, a seguinte tese: em demandas cujo objetivo é a efetivação dos direitos à vida e à saúde, é possível, excepcionalmente, a execução das *astreintes* pelos sucessores da parte em favor de quem foram impostas, quando a morte ocorrer após a decisão de deferimento da tutela antecipada, mas antes da prolação da sentença de mérito.

83. Mantenho a condenação do Município ao pagamento dos honorários sucumbenciais na forma como fixada na sentença.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Senhor Presidente, Senhoras e Senhores Ministros, como faz muito tempo que proferi o meu voto, gostaria de, em breves linhas, rememorar alguns pontos, apenas como forma de subsidiar o debate, notadamente depois do substancioso voto-vista divergente trazido pelo eminente Ministro Og Fernandes.

Sua Excelência se valeu de precedentes desta Corte (alguns também por mim mencionados) que apontam no sentido da possibilidade de se prosseguir na ação ajuizada para tratamento médico ou fornecimento de medicamento, mesmo depois da morte do autor, para cobrança das *astreintes* fixadas em juízo antecipatório, considerando (i) o caráter patrimonial desta, que não se confundiria com a pretensão principal, esta sim personalíssima; e (ii) o esvaziamento do poder coercitivo das *astreintes*, caso se entendesse pela intransmissibilidade desta para os herdeiros, desnaturando, assim, sua característica essencial.

O Ministro Og Fernandes, em seu percuciente voto, enfatiza a preocupação de que a protelação e o aguardo do falecimento do postulante seja “*um bom negócio para o devedor recalcitrante – financeiramente falando –, na certeza de que não teria de arcar com os custos da desobediência à determinação do Poder Judiciário*”. E ressalta que, “*nos casos em que a morte fosse decorrência dessa postura ilícita, seria criado um cenário em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária.*”

Na mesma linha de preocupação, Sua Excelência diz que “*não pode o Poder Judiciário fixar multa coercitiva e, confrontado com o descumprimento da parte ré e com o óbito da parte autora, simplesmente lavar as mãos e tornar um nada jurídico toda a conduta da parte demandada, que simplesmente deixou de cumprir a ordem judicial e ignorou a sanção fixada.*”

Vale-se, ainda, de doutrina para reafirmar o caráter coercitivo das *astreintes* e a possibilidade de ser cobrada até o superveniente falecimento da parte autora, quando nada mais há a exigir sob coerção, crédito que caberá aos herdeiros.

Conclui, assim, por “***conhecer parcialmente dos embargos de divergência e, nessa extensão, dar-lhes integral provimento, reconhecendo-se a transmissibilidade das astreintes para os herdeiros do autor falecido. Em consequência, devolve-se o processo à primeira instância com o intuito de permitir a habilitação dos herdeiros da autora, a fim de que possam executar o pagamento da multa diária pelo descumprimento da decisão de intimação em tempo hábil.***”

Reiterando os elogios ao eminente e querido Ministro Og Fernandes pelos judiciosos fundamentos trazidos em seu voto vista, rogo vênias para dele discordar e reafirmar o meu convencimento.

Em primeiro lugar, parece não haver dúvida acerca do caráter instrumental das *astreintes*, com viés coercitivo e intimidatório, utilizadas como meio de se forçar o devedor a adimplir a obrigação que lhe foi imposta, em tutela antecipatória ou sentença, a fim de se garantir o resultado prático buscado pelo autor nas ações de obrigação de fazer ou não fazer.

Da mesma forma, parece haver consenso de que, com a morte do autor de ação personalíssima, notadamente nas demandas cujo objetivo é a efetivação do direito à saúde, não subsiste a multa, que perde sua razão de ser.

A questão é saber se esse valor de multa acumulado, por descumprimento da ordem judicial em tempo e modo, pode ser cobrado pelos herdeiros na mesma ação, *que sequer teve seu mérito julgado*, porque extinta com o falecimento da parte autora.

Relembro que, no julgamento do recurso especial repetitivo citado no acórdão embargado e no primeiro paradigma (REsp 1.200.856/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 01/07/2014, DJe 17/09/2014), a controvérsia analisada foi a possibilidade de *execução provisória da multa cominatória*, prevista no § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil de 1973, aplicada em antecipação de tutela, antes da sua confirmação por sentença de mérito.

A tese fixada foi a de que “*A multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.*”

Inferese que a *ratio decidendi* do julgado realizado sob o rito dos repetitivos está assentada, essencialmente, na *precariedade do provimento jurisdicional antecipatório*, ainda não confirmado por sentença de mérito, o qual, mesmo quando ratificado pelo Tribunal, não ultrapassa os limites da cognição sumária, não exauriente, porque ocorre antes de completada a instrução do processo e do exercício da ampla defesa e do contraditório pela Parte demandada.

Assim, reitero que, se não foi admitida a execução provisória das *astreintes* antes da prolação de sentença de mérito, conforme entendimento fixado no

referido precedente prolatado sob o rito dos repetitivos – antes da entrada em vigo do Código de Processo Civil atual –, com mais razão não se admite sua cobrança se o processo foi extinto sem resolução do mérito.

Vale ressaltar que o § 3º do art. 537 do Código de Processo Civil de 2015, embora admita a execução provisória, condiciona seu levantamento ao trânsito em julgado da *sentença favorável à parte*.

Quero registrar que compartilho da preocupação externada pelo Ministro Og Fernandes, de que a *astreintes* cumpra seu papel e não induza à desobediência de ordem judicial. Contudo, divergimos quanto ao método.

Ora, em nenhum momento foi sugerido que a parte eventualmente recalcitrante seria beneficiada com a “*certeza de que não teria de arcar com os custos da desobediência à determinação do Poder Judiciário*”. Tampouco que o Poder Judiciário seria complacente com o réu que pretendesse “*se beneficiar da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária*.”

Caríssimo Ministro Og Fernandes, não creio que a extinção do processo por evidente esvaziamento do objeto da ação venha a configurar um ato de “*lavar as mãos e tornar um nada jurídico toda a conduta da parte demandada, que simplesmente deixou de cumprir a ordem judicial e ignorou a sanção fixada*.”

Quero aqui ressaltar que, a despeito da preocupação com a efetividade do processo, notadamente com a utilização de meios coercitivos, não se pode presumir a má-fé, o desdém, a falta de respeito com o Judiciário, simplesmente porque houve – sem razão ainda conhecida ou sequer discutida dentro do devido processo legal – descumprimento de ordem antecipatória, por natureza precária.

Ainda que se possa cogitar de má conduta da Parte Ré recalcitrante, eventual direito à indenização por danos causados, derivados desse comportamento, deve ser perquirido em ação própria, com a garantia de observância do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório. E, por óbvio, o valor indenizatório a ser pleiteado pode ser muito maior do que aquele estabelecido como multa pelo descumprimento da ordem antecipatória.

Com efeito, mesmo se tratado de questão relacionada à vida e à saúde, a relevância do bem jurídico tutelado não tem o condão de dispensar o devido processo legal para aferição do direito arguido.

Admitir a cobrança de *astreites* fixadas *no início do processo* – em caráter liminar e, portanto, prelibatório –, *que foi extinto sem o julgamento do mérito*, por se

tratar de obrigação personalíssima esvaziada com o falecimento da Parte Autora, *é assumir a presunção absoluta de veracidade e legitimidade do direito arguido, sem se ter garantido à Parte supostamente devedora o direito de produzir prova em contrário e se defender, o que parece ser inadmissível em nosso ordenamento jurídico.*

Soa como obviedade, mas friso mesmo assim: podem existir inúmeras razões para que a ordem judicial não seja cumprida ou não o seja no tempo determinado, como, por exemplo, a impossibilidade material ou física de se realizar o comando determinado. E, nessa hipótese, “[a] jurisprudência desta egrégia Corte se orienta no sentido de considerar que, verificada a impossibilidade fático-material de se cumprir a ordem judicial, deve ser afastada a multa cominatória, visto que, como meio coercitivo, visa combater eventual descumprimento de ordem judicial que determina o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 921.347/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 24/04/2017). Isso sem falar na possibilidade de o pedido autoral, ao final, ser julgado improcedente, por motivos dos mais diversos.

O intento do provimento jurisdicional antecipatório é o de assegurar, *ab initio*, a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento, com a possibilidade de fixação de multa, com a finalidade, como visto, de compelir o devedor a cumprir a obrigação imediatamente (art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC/1973; art. 536 e 537 do CPC/2015).

O descumprimento, total ou parcial, da decisão antecipatória pela parte ré, frustrando a concretização da tutela jurisdicional, não transmuda a natureza instrumental da multa, que não se convola, pela inércia ou retardo do devedor, automaticamente em verba indenizatória. E, ademais, *sua exigibilidade está intrínseca e inseparavelmente vinculada ao direito material deduzido na ação.*

Assim, se a ação é personalíssima, como na hipótese destes autos, e sobrevém a morte da parte autora, a consequência inexorável é a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, incisos IV e IX, do Código de Processo Civil.

Nesse caso, as *astreintes* fixadas em tutela antecipatória não subsistem, sendo incabível a admissão de herdeiros da Autora nos autos para cobrar o que não é mais devido.

Sem embargo, repita-se, *o eventual dano causado pela parte ré decorrente da recalcitrância em cumprir a obrigação no tempo e modo devidos é questão a ser deduzida em ação própria, sem prescindir do contraditório e da ampla defesa.*

Ante o exposto, *ratifico* meu voto para *conhecer* dos embargos de divergência, mas *rejeitá-los*.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Embargos de Divergência em que se discute, sinteticamente, questão atinente à transmissibilidade e possibilidade de execução dos valores relativos às *astreintes* não confirmadas por sentença de mérito.

No caso a autora, enquanto viva, obtivera tutela provisória para ser transferida/internada em CTI, tendo sido cominada multa às embargadas a bem do cumprimento da obrigação. A determinação judicial não foi cumprida tempestivamente e, antes da confirmação da tutela por sentença de mérito, sobreveio o *óbito da autora*, o que levou à extinção do processo sem análise do mérito (ação personalíssima).

A DPU informa nos autos que *a então demandante faleceu em virtude do não cumprimento, em tempo hábil, da decisão liminar que determinou a transferência dela para o hospital especializado, visto que permaneceu 15 (quinze) dias com quase metade do corpo queimado sem o devido tratamento médico especializado*.

Postulou a herdeira, ora embargante, habilitação para a execução dos valores devidos pelas *astreintes* vencidas à falecida, o que foi obstado pela decisão da origem e pelo acórdão embargado, que tem a seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Julgamento do processo sem julgamento do mérito. *Astreintes* não devidas. Precedente do STJ em repetitivo. Sucumbência. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ. Agravo interno não provido.

1. Esta Corte Superior possui orientação consolidada por meio do sistema de recursos repetitivos, REsp 1.329.193, Tema 743, da Relatoria do Min. Sidnei Beneti, DJe 17/09/2014, em que se firmou o entendimento que a multa diária fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação por sentença de mérito.

2. Observa-se que o acórdão recorrido mostra-se em consonância com o entendimento consolidado acima, razão pela qual não merece reparos.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça norteia-se pela orientação de que sendo o processo julgado sem julgamento de mérito, cabe ao

juiz julgador, com base no princípio da casualidade, observar qual parte deu origem à extinção do processo ou mesmo, qual dos litigantes seria sucumbente se existisse o enfrentamento do mérito. REsp 1.678.132/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 13/9/2017; REsp 1.668.366/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/8/2017, DJe 12/9/2017.

4. A modificação do acórdão de origem, com o intuito de se ponderar qual seria a parte sucumbente em caso de julgamento do mérito, exige, necessariamente, o reexame da matéria fático-probatória do autos, exercício em sede especial em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Convém ressaltar que a interposição do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional também exige que o recorrente cumpra o disposto nos arts. 1.029, §§ 1º e 2º do CPC/2015, e 255, § 1º, *a*, e § 2º, do RISTJ..

6. Verifica-se que o ora recorrente se limitou a transcrever trechos dos julgados paradigmas, não atendendo aos requisitos estabelecidos pelos dispositivos legais supramencionados, restando ausente o necessário cotejo analítico.

7. Agravo interno não provido.

Alega a embargante que a decisão recorrida vai de encontro a outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem a possibilidade da execução provisória das *astreintes* pelos sucessores quando, fixadas em antecipação de tutela, não são confirmadas por sentença de mérito em decorrência da morte da parte autora (REsp 1.722.666/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 8.6.2018; AgInt no AREsp 1.139.084/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Turma, DJe 28.3.2019).

1. *Voto da eminente Relatora*

A Ministra Laurita Vaz, Relatora do caso, rejeitou os Embargos de Divergência afirmando, em suma, faltar distinção suficiente no caso para se infirmar o quanto decidido pelo STJ no Tema 743, no sentido de que a multa diária fixada em antecipação de tutela somente poderá ser objeto de execução provisória após confirmação por sentença de mérito (algo que não aconteceu no caso exatamente em vista do óbito da autora no curso da demanda). Afirma Sua Excelência: “Ainda que se possa cogitar de má conduta da Parte Ré recalcitrante, eventual direito à indenização por danos causados, derivados desse comportamento, deve ser perquirido em ação própria, com a garantia de observância do devido processo legal”.

2. *A divergência*

Por sua vez, o eminente Ministro Og Fernandes inaugura divergência afirmando que “a situação discutida nos autos ganha contornos diversos, pois não se discute o momento em que poderia ser iniciada a execução provisória da multa, mas sim *se a multa é transmissível em caso de falecimento da parte autora* antes do trânsito em julgado” e, no caso, a jurisprudência da casa é no sentido da tese da embargante, pelo que provê o Recurso.

3. *Conhecimento*

No tocante ao conhecimento do Recurso, há uniformidade de entendimentos entre a Relatora do caso e o Ministro Og Fernandes, não tendo eu reparo a fazer concernente à comprovada divergência de entendimentos entre os acórdãos confrontados, de modo que os Embargos de Divergência merecem conhecimento.

4. *Mérito*

Já no mérito, com todas as vênias à em. Relatora, acompanho a divergência, nos termos do que recentemente decidi monocraticamente no REsp 1.965.645-SP (DJe de 2.12.2021), bem como de precedentes atuais da Segunda Turma, devidamente indicados no Voto do Ministro Og Fernandes.

Não se nega a existência de precedente qualificado desta Corte, no sentido de que, no regime do CPC/1973, a multa diária, “devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo” (Tema 743).

O caso, contudo, apresenta *situação distinta*, que sugere *afastar a aplicação do precedente citado*.

Além de a sentença extintiva do processo já ter sido proferida na vigência do CPC/2015 – cujo regime da execução da *astreinte* vencida é diverso do CPC/1973 (art. 537, § 3º, CPC/2015) –, não houve sentença de mérito a ratificar a tutela provisória deferida. Ora, a juíza extinguiu o processo, sem análise do mérito, em vista do caráter personalíssimo da obrigação principal, negando, contudo, o direito de os sucessores da falecida executarem as *astreintes* vencidas.

Não se diverge da em. Relatora no sentido de que as *astreintes*, enquanto cominadas, têm precípua *função coativa*, servindo para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Porém, uma vez inadimplida a obrigação, as *astreintes* incidentes passam a ter também o papel de ressarcir o credor pelo demora no cumprimento da ordem judicial, descortinando-se, com isso, também seu *caráter patrimonial*. Entender de modo diverso seria prestigiar a conduta inadimplente da empresa, fazendo com que compense não cumprir o determinado judicialmente, na esperança de que a vítima, necessitada de tratamento médico especializado, venha a falecer, exatamente por causa do repreensível comportamento do réu.

Por essa razão, tendo o credor falecido no curso do processo, os valores a ele devidos pelo descumprimento da obrigação se transmitem aos herdeiros, não sendo crível admitir, com base na jurisprudência da Casa bem colacionada no Voto do Ministro Og Fernandes, que, por conta de suposta intransmissibilidade da obrigação principal (a internação/transferência para a UTI), o valor das *astreintes* incididas – de caráter patrimonial, insista-se –, também seja considerado intransmissível.

Não deixo de prestigiar, por outro lado, o poderoso argumento invocado pela em. Relatora, no sentido de que se deve permitir aos devedores recalcitrantes, atentando-se aos corolários do contraditório e da ampla defesa, o direito de produzir prova no sentido da existência de justa causa para o descumprimento da obrigação que lhe foi imposta, o que levaria à inexigibilidade da multa. Porém, não vejo necessidade de que isso se dê por *ação autônoma*, visto que o que se está a garantir em prol dos sucessores é a habilitação nos autos para fins de execução do crédito existente. Tal qual poderiam os recalcitrantes se opor à execução da multa caso ainda vivesse a credora primitiva, eles também podem apresentar a mesma defesa contra os sucessores delas.

Entre o nada derivado da extinção do processo — sem julgamento do mérito, pelo óbito da autora — e o direito à execução, pelos sucessores, da multa fundada em obrigação reconhecida judicialmente (ainda que em cognição sumária), parece mais razoável prestigiar esta última. Afinal, ainda que de modo provisório, foi afirmado o dever das embargadas, que não o adimpliram tempestivamente.

Por fim, há que se prestigiar importante passagem do Voto do Ministro Og Fernandes, que justifica sociologicamente a adoção da interpretação defendida neste Voto:

(...) caso se entenda pela intransmissibilidade do crédito resultante das *astreintes* para os herdeiros, o instrumento da multa diária perderia completamente o poder coercitivo, desnaturando, assim, sua característica essencial. De fato, a impossibilidade de execução das *astreintes* pelos herdeiros do autor geraria incentivo econômico inverso ao devedor, que seria estimulado a apostar na fragilidade da saúde do beneficiário para, com mais esforço, resistir ao cumprimento da obrigação judicial de prestação de atendimento médico. O efeito intimidatório da multa estaria não só esvaziado, como revertido em desfavor do detentor do direito. Em resumo, a protelação e o aguardo do falecimento do postulante seriam um bom negócio para o devedor recalcitrante - financeiramente falando -, na certeza de que não teria de arcar com os custos da desobediência à determinação do Poder Judiciário. Pior, nos casos em que a morte fosse decorrência dessa postura ilícita, seria criado um cenário em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária”.

Ante o exposto, com as renovadas vênias da e. Relatora, *acompanho a divergência para dar provimento aos Embargos de Divergência*.

É como *voto*.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Presidente, entendo que este é um caso delicadíssimo, que representa um precedente muito importante. Rigorosamente falando, tenho dúvidas até se deveriam ser conhecidos esses embargos de divergência e explico por quê.

Como se depreende da sentença, consta que a pessoa que faleceu estava internada na UTI de um hospital no Rio de Janeiro após sofrer uma queimadura em 45% do corpo. Foi deferida liminar para que ela fosse transferida do hospital onde ela já estava internada em CTI para outro hospital, o Hospital Federal do Andaraí, por ser especializado em queimados e dada a gravidade do quadro dela. A liminar foi concedida para que fosse cumprida em 24 horas essa transferência.

O governador do Rio apresentou, em resposta, declaração assinada pela médica responsável do Hospital do Andaraí afirmando a falta de condições de transferência imediata da paciente, que não havia vagas no CTI de queimados desse hospital e o não enquadramento da paciente nos protocolos para admissão naquela unidade de atendimento.

Ela, finalmente, foi transferida para outro hospital estadual, o Hospital Estadual Vereador Melchiades Calazans, quatorze dias depois da concessão da

liminar que fora deferida para cumprimento em 24 horas. Ela foi internada no dia 26 de setembro e veio a óbito no dia 4 de outubro de 2013.

Não houve instrução nesse processo porque, já consumada a transferência, não para o hospital postulado, mas para um outro hospital do estado, alguns dias após, cerca de dez dias após, ela veio a óbito. Tem-se, então, uma sentença extinguinto, sem exame do mérito, o processo, considerando que, como ela havia falecido, não havia de se prosseguir na instrução da causa para ver como ela estava sendo tratada na UTI do hospital onde ela estava internada, se houve resistência injustificada do Estado em não atender em 24 horas à internação naquele hospital determinado, ou seja, não foi feita a instrução.

Seguiu-se, então, o acórdão, e o tribunal de apelação confirmou a extinção do processo sem exame do mérito, considerando que, em razão do óbito, teria perdido o objeto a demanda; consignando também que ela se encontrava internada no Hospital Estadual Adão Pereira, no CTI, em estado grave; que houve decisão para a internação num CTI de um hospital especializado em queimados, que demorou quatorze dias para ser cumprida; que ela acabou internada num outro hospital estadual, também em CTI, e veio a óbito dez dias depois, antes da sentença. Confirmou a sentença que entendeu que era o caso de extinção sem julgamento do mérito.

No julgamento do recurso especial, que é o que nos interessa mais de perto para examinar a existência de divergência, a Turma realmente abonou a tese de que fora correta a extinção do processo sem exame do mérito. O Relator foi o Ministro Mauro Campbell. Confirmou o acórdão e estabeleceu o seguinte no item 4 da ementa:

A modificação do acórdão do Tribunal de origem, com o intuito de se ponderar qual seria a parte sucumbente em caso de julgamento do mérito, exige necessariamente o reexame da matéria [...].

Consta do voto condutor do acórdão:

Qualquer ponderação a respeito de qual das partes sairia sucumbente da demanda em caso de julgamento de mérito e a análise de como se deu a extinção do processo, tudo para que se obtenha uma conclusão sobre o princípio da causalidade, enseja necessariamente o reexame da matéria fático-probatória dos autos, procedimento que é vedado no âmbito do recurso especial [...].

Não tenho dúvida nenhuma em aderir aos fundamentos do voto da Ministra Nancy e do Ministro Herman e os ora trazidos pelo Ministro Og, de

que não é o mero fato de falecer a parte, a quem faltou o tratamento, que vai conduzir à impossibilidade de execução da multa.

Penso que há distinções que devem ser feitas e, a respeito da análise dessas distinções, penso que não foram suficientes as razões dos embargos de divergência. Por exemplo, se for um caso já com sentença transitada em julgado e uma multa que seria passível de execução pela pessoa doente, a quem foi negado tratamento, não tenho dúvida alguma de que essa obrigação de pagar a multa já acertada persiste, porque é uma obrigação patrimonial transmissível aos herdeiros.

No caso, quanto aos dois paradigmas, um deles é do Ministro Napoleão, que não serviria a confronto, porque é da mesma Turma prolatora do acórdão embargado, mas há um acórdão da Terceira Turma, invocado como paradigma, que trata de negativa de fornecimento de medicamento e consta do acórdão que a pessoa morreu sem tomar o medicamento e que a causa do óbito estaria associada à falta do medicamento.

Neste caso ora em julgamento, observo que a situação é delicadíssima. Trata-se de uma paciente lamentavelmente vítima de queimadura que atingiu 45% do seu corpo, mas ela já estava na UTI de um hospital, no Rio de Janeiro, que talvez não fosse o hospital melhor para o caso, porque não era especializado em queimados.

Entendo, quando alega a União, em suas razões, a questão da judicialização da saúde. Observo que é uma questão dramática a escolha de quem vai ocupar um espaço numa UTI, que, nesse caso, não se pode, de pronto, antes da instrução da causa e mesmo antes de uma sentença que não houve, dizer que não é verdade a informação da administração de que não havia vaga naquela UTI de queimados do hospital pretendido.

Ressalto que é muito difícil ao Poder Judiciário dar ordens para internar pessoas no prazo de 24 horas, porque sobra na mão do médico a difícil questão de escolher quem vai ocupar os leitos porventura existentes.

Portanto, compreendo, concordo inteiramente que a mera circunstância de haver o óbito não vai tornar sem objeto a ação, mas, aqui, na hipótese dos autos, tudo o que poderia ser reconhecido aos recorrentes, caso se considere suficientemente configurada a divergência, seria o retorno dos autos ao primeiro grau para instrução da causa, para que se veja se falhou a Administração, se havia vaga na UTI de queimados e foi desídia não cumprir imediatamente a liminar, para que haja sentença de mérito de procedência, confirmando a liminar, mesmo após o óbito.

Observo que isso tende a congestionar muito o serviço judiciário, que se tenha de fazer instruções de processo após óbito para verificar se teria sido ou não confirmada a decisão que cominou a multa, diversamente do caso julgado pela Terceira Turma, em que pareceu à Turma evidente a ilegalidade da conduta de quem faltou com o cumprimento da liminar a tempo. Como política judiciária, isso pode vir, sim, a congestionar o Poder Judiciário, uma vez que para o reexame de multas cominatórias, mesmo após o trânsito em julgado, não há preclusão, conforme reconhecido pela nossa jurisprudência.

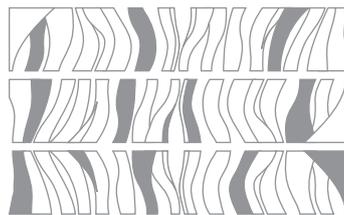
Penso que talvez a melhor solução fosse a conclusão do voto da Ministra Laurita, neste caso específico, em que não havia sentença condenatória, e S. Exa. ressalva a possibilidade de que se apure eventual dano numa outra ação ordinária. Em outros casos, será claro que será devida a multa e que essa multa deverá ser executada pelos sucessores da falecida.

Neste caso específico, caso superada a fase de conhecimento e prevalecendo a tese sufragada pelo voto divergente, considero que não seria, *data maxima venia*, o caso de devolver os autos para permitir a habilitação a fim de executar a multa diária.

Entendo, fiel ao precedente da Corte Especial, da relatoria do Ministro Beneti, que a multa diária, para ser executada, mesmo após o óbito, não prescindiria de sentença em primeiro grau e de acórdão no Tribunal de Justiça. E, estivesse o processo já em fase de execução, penso que seria possível a execução e seria reservada à parte devedora da multa as impugnações cabíveis a respeito de eventual excesso no valor da multa.

Mas, neste caso, não se trata de apenas executar uma multa já confirmada por um acórdão de apelação. Seria necessário voltar os autos à instância de origem para a própria instrução da causa, ressaltando que, neste caso, talvez a desídia não tenha sido tão grave, uma vez que a paciente já estava internada na UTI de outro hospital, embora não especializado em queimados, e que há uma informação administrativa de que não havia vaga no estabelecimento pretendido.

Portanto, atento primeiro para a questão de não conhecimento dos embargos de divergência, mas, sendo conhecidos, acompanho a eminente Relatora, com essas ressalvas de fundamentação.



Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 187.276-RS (2022/0097613-9)

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Suscitante: Juízo Federal da 4ª Unidade Avançada de Atendimento em
Vacaria - SJ/RS

Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Cível Adjunto de Vacaria
- RS

Interes.: Jaqueline Correa de Paula

Advogado: Paula Daiane Rodrigues - RS095204

Interes.: Município de Vacaria

Interes.: Estado do Rio Grande do Sul

Interes.: União

Interes.: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais
e Distrital nos Tribunais Superiores - GAETS - “Amicus Curiae”

Interes.: Ministério Público do Estado de Santa Catarina - “Amicus
Curiae”

Interes.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - “Amicus
Curiae”

Interes.: Associação dos Juizes Federais do Brasil - “Amicus Curiae”

Interes.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - “Amicus
Curiae”

Interes.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado do Acre - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado de Alagoas - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado do Amapá - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado do Amazonas - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado da Bahia - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado do Ceará - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado do Espírito Santo - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado do Maranhão - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado de Mato Grosso - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado de Mato Grosso do Sul - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado de Minas Gerais - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado do Pará - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado da Paraíba - “Amicus Curiae”

Interes.: Estado do Paraná - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado de Pernambuco - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado do Piauí - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado do Rio de Janeiro - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado do Rio Grande do Sul - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado de Roraima - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado de Rondônia - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado de Santa Catarina - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado de São Paulo - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado de Sergipe - “Amicus Curiae”
Interes.: Estado do Tocantins - “Amicus Curiae”
Interes.: Distrito Federal - “Amicus Curiae”

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Incidente de assunção de competência. Direito à saúde. Dispensação de medicamento não incorporado ao SUS. Registro na Anvisa. Tema 793 da Repercussão Geral. Solidariedade entre os entes da Federação. Ocorrência. Interesse jurídico da União. Exame. Justiça Federal. Conflito negativo de competência. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. Justiça Estadual. Competência.

1. O STF, embora tenha mantido a orientação dominante nas Cortes Superiores acerca da responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde, com fundamento nos arts. 23, II, e 198 da CF/1988, quando julgou os EDcl no RE n. 855.178/SE (Tema 793), acabou inovando o cenário jurídico, ao exigir, de forma expressa, que o magistrado direcione o cumprimento da obrigação, segundo as normas de repartição de competências do SUS, assim como determine à pessoa política legalmente responsável pelo financiamento da prestação sanitária ressarcir a quem suportou tal ônus.

2. Essa mudança de cenário, por sua vez, acarretou uma divergência de interpretação do Tema 793 do STF entre as Justiças estadual e Federal e fez renascer a discussão relacionada à natureza do litisconsórcio formado em tais casos, há muito pacificada nos tribunais superiores.

3. Não obstante o disposto nos arts. 109, I, da CF/1988 e 45 do CPC/2015, bem como o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça nas Súmulas 150 e 254, imensa quantidade de conflitos de competência a respeito da aludida matéria começou a chegar diariamente a esta Corte de Justiça, notadamente após o julgamento do Tema 793 (Emb. Decl. no RE 855.178/SE) pelo STF.

4. No julgamento do Tema 793, o STF não avançou nas questões de natureza processual que normalmente são debatidas no âmbito do conflito de competência, a título de exemplo: a) a maneira como a União irá assumir a posição de parte nos processos relativos à saúde, vale dizer, a modalidade de intervenção, b) a competência estabelecida no art. 109, I, da CF/1988 (*ratione personae*) e c) o juízo competente para decidir sobre eventual formação de litisconsórcio passivo.

5. A Primeira Seção desta Corte de Justiça, com fulcro nos arts. 947 do Código de Processo Civil/2015 e 271-B do RISTJ, afetou os Conflitos de Competência n. 187.276/RS, 187.533/SC e 188.002/SC à sistemática do incidente de assunção de competência (IAC 14), para definir o juízo competente para o julgamento de demanda relativa à dispensação de tratamento médico não incluído nas políticas públicas, sendo o conflito de competência a via adequada para dirimir a questão de direito processual controvertida.

6. A controvérsia objeto do RE 1.366.243/SC – Tema 1234 do STF – não prejudica o exame da temática delimitada no IAC 14/STJ por esta Corte de Justiça, já que a suspensão ali determinada é dirigida aos recursos especiais e recursos extraordinários em que haja discussão sobre a necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda.

7. Embora seja possível aos entes federais organizarem-se de maneira descentralizada com relação às políticas públicas na área da saúde, essa organização administrativa não afasta o dever legal de o Estado (*latu sensu*) assegurar o acesso à medicação ou ao tratamento médico a pessoas desprovidas de recursos financeiros, em face da responsabilidade solidária entre eles. Em outras palavras, a possibilidade de o usuário do SUS escolher quaisquer das esferas de poder para obter a medicação e/ou os insumos desejados, de forma isolada e indistintamente – conforme ratificado pelo próprio STF no julgamento do Tema 793 –, afasta a figura do litisconsórcio compulsório ou necessário, por notória antinomia ontológica.

8. A dispensação de medicamentos é uma das formas de atender ao direito à saúde, que compõe a esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, mas não é, em si, o objeto principal da obrigação de prestar assistência à saúde de que trata o art. 196 da Constituição Federal.

9. As regras de repartição de competência administrativa do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração do polo passivo delineado pela parte no momento do ajuizamento da demanda, mas tão somente para redirecionar o cumprimento da sentença ou de determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, nos termos do decidido no julgamento do Tema 793 do STF.

10. O julgamento do Tema 793 do STF não modificou a regra de que compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas (Súmula 150 do STJ), bem como de que não cabe à Justiça estadual reexaminar a decisão, manifestando-se contrariamente (Súmula 254 do STJ).

11. Quanto ao ônus financeiro da dispensação do medicamento, insumos e tratamentos médicos, nada impede que o ente demandado se valha do estatuído no art. 35, VII, da Lei n. 8.080/1990, que prevê a possibilidade de “ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo” caso, ao final, demonstre não ser sua a atribuição para o fornecimento do fármaco, assim como do disposto nos arts. 259, parágrafo único, 285 do Código Civil/2002 e 23 do Decreto n. 7.508/2011.

12. Ainda que haja entraves burocráticos para o ressarcimento, a solução para o problema não é transferir a demanda para a Justiça Federal em situações em que isso não é cabível, ao arrepio da legislação processual civil e da Constituição Federal, sob pena de impor diversos obstáculos ao paciente que depende de fármaco e/ou tratamento médico urgente para evitar o agravamento de sua doença ou até mesmo o risco de morte.

13. Quando o magistrado determinar que a obrigação de fornecer medicamento fora da lista do SUS seja cumprida por determinado ente público, nada impede que, posteriormente, reconheça-se a possibilidade de ressarcimento por outro, caso se entenda ser deste último o dever de custeio. Precedente do STJ.

14. A jurisprudência desta Corte, consolidada no REsp n. 1.203.244/SC, no sentido de inadmitir o chamamento ao processo dos demais devedores solidários em demandas de saúde contra o SUS, na forma do art. 130 do CPC/2015, deve ser mantida, exceto se houver posterior pronunciamento do STF em sentido contrário.

15. Solução do caso concreto: na hipótese, a parte autora escolheu litigar contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Vacaria. Contudo, o Juiz estadual determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, por entender que a União deve figurar no polo passivo da demanda, sem que haja nenhuma situação de fato ou de direito que imponha a formação de litisconsórcio passivo necessário, de modo que a ação deve ser processada na Justiça estadual.

16. Tese jurídica firmada para efeito do artigo 947 do CPC/2015:

a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na *Anvisa*, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeu demandar;

b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura da ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade ad causam, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal.

c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ).

17. Conflito de competência conhecido para declarar competente para o julgamento da causa o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível Adjunto da Comarca de Vacaria/RS.

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, conhecer do Conflito de Competência para declarar competente para o julgamento da causa o Juízo de Direito do Juizado especial Cível Adjunto da Comarca de Vacaria/RS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Foi aprovada a seguinte tese jurídica, no tema IAC/14 (CPC, Art. 947 e RISTJ, Art. 271-B):

a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na *Anvisa*, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeu demandar.

b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade *ad causam*, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal.

c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ). Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues, Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 18.4.2023

QUESTÃO DE ORDEM

Submeto a presente Questão de Ordem aos integrantes desta egrégia Primeira Seção, para esclarecimento das medidas cautelares adotadas na ocasião do julgamento dos Conflitos de Competência n. 187.276/RS, n. 187.533/SC e n. 188.002/SC, afetados à sistemática do incidente de assunção de competência (pautal virtual de 25/05/2022 a 31/05/2022), nos termos do art. 947 do Código de Processo Civil/2015, cujo acórdão guarda a seguinte ementa:

Processual Civil. Incidente de assunção de competência. Direito à saúde. Medicamento não incorporado ao SUS e registrado na *Anvisa*. Conflito negativo de competência. Juízos Federal e Estadual. Proposta. Acolhimento.

1. Trata-se de proposta de incidente de assunção de competência, nos termos do art. 947 do Código de Processo Civil/2015, em conflito negativo de competência instaurado nos autos de ação ordinária que versa sobre o fornecimento de medicação não padronizada pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

2. A instauração do presente incidente visa unicamente decidir o juízo competente para o julgamento de demanda relativa à dispensação de tratamento médico não incluído nas políticas públicas, sendo o conflito de competência o processo adequado para dirimir a questão de direito processual controvertida, sem que haja necessidade de adentrar no mérito da causa (onde suscitado o conflito) – ainda que a discussão se refira a preliminar, como, no caso, a legitimidade ad causam – nem em eventual nulidade da decisão do Juízo Federal, matérias que devem ser analisadas no bojo da ação ordinária.

3. Delimitação da tese controvertida: Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na *Anvisa*, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal.

4. Proposta de julgamento do tema mediante a sistemática do incidente de assunção de competência acolhida.

Na ocasião, decidiu-se pela manutenção do curso das ações que versam sobre a dispensação de tratamento/medicamento não incluído nas políticas

públicas, visto que a suspensão dos feitos poderia causar dano de difícil reparação àqueles que necessitam da tutela do direito à saúde.

Entretanto, mesmo após a afetação do IAC, continua havendo declínio mútuo de competência entre as Justiças Estaduais e Federais e, em consequência, sendo instaurado inúmeros conflitos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Nesse contexto, em atenção ao princípio da segurança jurídica, submeto a presente questão de ordem aos Colegas, para que fique expressamente determinado que, até o julgamento definitivo do incidente de assunção de competência (IAC), o Juiz estadual deverá abster-se de praticar qualquer ato judicial de declinação de competência nas ações que versem sobre tema idêntico ao destes autos, de modo que o processo deve prosseguir na jurisdição estadual.

Os autos devem ser remetidos à Coordenadoria para as providências de praxe, notadamente a expedição das comunicações necessárias, com cópia da decisão da questão de ordem, ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao Conselho da Justiça Federal (CJF), aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais de Justiça e aos Ministros da Primeira Seção deste Tribunal.

É como voto.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de incidente de assunção de competência (IAC 14/STJ) proposto com fulcro nos arts. 947 do Código de Processo Civil/2015 e 271-B do RISTJ, nos autos dos Conflitos de Competência n. 187.276/RS, 187.533/SC e 188.002/S, para a definição da seguinte tese jurídica:

Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na *Anvisa*, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal.

Extrai-se dos presentes autos que a parte autora ajuizou ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Vacaria, em que pretende receber medicação não padronizada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, mas registrada na *Anvisa*, para o tratamento da enfermidade que lhe acomete.

O Juízo estadual, amparando-se no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 855.178 (Tema 793/STF), determinou, de ofício, a inclusão da União no polo passivo da demanda e, por conseguinte, declinou da competência para a Justiça Federal.

O magistrado federal, sob o argumento de que a responsabilidade entre os entes federativos em matéria de saúde pública é solidária, e considerando tratar-se de litisconsórcio passivo facultativo, entendeu que cabe ao demandante escolher contra qual dos entes federados deseja litigar, suscitando o presente conflito.

No parecer de e-STJ fls. 112/116, o Ministério Público Federal opinou pela fixação da competência do Juízo estadual.

Na sessão de julgamento virtual de 25/05/2022 a 31/05/2022, a Primeira Seção desta Corte de Justiça, nos termos do art. 947 do Código de Processo Civil/2015, afetou os referidos Conflitos de Competência à sistemática do incidente de assunção de competência e designou os Juízos estaduais para decidirem, em caráter provisório, as medidas urgentes referentes aos respectivos processos, guardando o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fls. 121/128):

Processual Civil. Incidente de assunção de competência. Direito à saúde. Medicamento não incorporado ao SUS e registrado na *Anvisa*. Conflito negativo de competência. Juízos Federal e Estadual. Proposta. Acolhimento.

1. Trata-se de proposta de incidente de assunção de competência, nos termos do art. 947 do Código de Processo Civil/2015, em conflito negativo de competência instaurado nos autos de ação ordinária que versa sobre o fornecimento de medicação não padronizada pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

2. A instauração do presente incidente visa unicamente decidir o juízo competente para o julgamento de demanda relativa à dispensação de tratamento médico não incluído nas políticas públicas, sendo o conflito de competência o processo adequado para dirimir a questão de direito processual controvertida, sem que haja necessidade de adentrar no mérito da causa (onde suscitado o conflito) – ainda que a discussão se refira a preliminar, como, no caso, a legitimidade *ad causam* – nem em eventual nulidade da decisão do Juízo Federal, matérias que devem ser analisadas no bojo da ação ordinária.

3. Delimitação da tese controvertida: Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na *Anvisa*, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal.

4. Proposta de julgamento do tema mediante a sistemática do incidente de assunção de competência acolhida.

Entretanto, mesmo após a afetação do IAC, continuou havendo declínio mútuo de competência entre as Justiças estaduais e Federal e, em consequência, a instauração de inúmeros conflitos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, a Primeira Seção desta Corte, em questão de ordem, determinou expressamente que, até o julgamento definitivo do incidente de assunção de competência (IAC), o Juiz estadual deverá abster-se de praticar qualquer ato judicial de declinação de competência nas ações que versem sobre tema idêntico ao destes autos, de modo que o processo deve prosseguir na jurisdição estadual.

Após, o Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 162/172, manifestou-se nos seguintes termos:

Conflito negativo de competência entre juízos federal e estadual em demandas nas quais se processam estados ou municípios a respeito de insumos de saúde registrados na Anvisa, mas não fornecidos pelo poder público. Envio dos autos à Justiça Federal pelo Judiciário local, sem mais formalidades, ou precedido de emenda da inicial pelo autor, para a inclusão da União no polo passivo do litígio, em decorrência de imposição do juízo local. A solidariedade passiva das três órbitas federativas para prestações de saúde do Tema 793 do STF e sua repercussão processual imediata da formação de litisconsórcio apenas facultativo entre as referidas pessoas jurídicas públicas. Súmula 150 do STJ.

Impossibilidade de se condicionar o declínio de competência pelo juízo estadual à Justiça da União à prévia consulta do juízo federal: a exigência careceria de fundamento no CPC, que só prevê o conflito de competência, como meio de se resolver a dupla negativa de apreciação da causa.

O ato do juízo local que se limita, sem nenhuma formalidade, a enviar a causa ajuizada apenas contra estado e/ou município à Justiça Federal, por ter implícita a legitimidade passiva da União, é mero despacho e, por isso, não preclui e pode ser revisto pelo juízo federal que conhecer da causa.

Mesmo a decisão interlocutória estadual que declina da competência para a causa sobre prestações de saúde, após a emenda da petição inicial, nos termos do art. 115, par. ún., do CPC, pode ser reavaliada pela Justiça Federal, porque a aplicação da legislação processual ordinária sobre atos judiciais e preclusão não pode alterar a competência exclusiva da Justiça Federal para decidir sobre a validade do ato dos juízos locais que impõem a presença de pessoas jurídicas federais no processo.

Parecer pela competência da Justiça estadual. (Grifos acrescidos).

Requereram o ingresso nos autos, na qualidade de *amicus curiae*, o Ministério Público dos Estados do Rio Grande do Sul (e-STJ fls. 174/177), de Santa Catarina (e-STJ fls. 238/248), do Rio de Janeiro (e-STJ fls. 423/435) e de Minas Gerais (e-STJ fls. 446/448), o Advogado José Adelar de Moraes (e-STJ fls. 178/217), o Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores - GAETS (e-STJ fls. 262/310), a *Associação dos Juízes Federais do Brasil* — AJUFE (e-STJ fls. 335/371), os Estados do Acre, de Alagoas, do Amapá, do Amazonas, da Bahia, do Ceará, do Espírito Santo, do Maranhão, de Mato Grosso, do Mato Grosso do Sul, de Minas Gerais, do Pará, da Paraíba, do Paraná, de Pernambuco, do Piauí, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul, de Roraima, de Rondônia, de Santa Catarina, de São Paulo, de Sergipe e do Tocantins e o Distrito Federal (e-STJ fls. 372/416).

O Estado do Rio Grande do Sul opôs embargos de declaração contra o acórdão que afetou os Conflitos de Competência n. 187.276/RS, 187.533/SC e 188.002/SC à sistemática do incidente de assunção de competência, os quais foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 460/468):

Processual Civil. Direito à saúde. Medicamento não incorporado ao RENAME/SUS. Conflito de competência. Afetação à sistemática do incidente de assunção de competência. Embargos de declaração. Requisitos. Ausência.

1. Os embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do CPC/2015, têm ensejo quando há obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado.

2. Hipótese em que o recorrente não demonstrou a existência de nenhum dos referidos vícios, encontrando-se o acórdão embargado suficientemente claro quanto à presença dos requisitos previstos nos arts. 947 do CPC/2015 e 271-B do RISTJ, para a afetação dos Conflitos de Competência n. 187.276/RS, 187.533/SC e 188.002/SC à sistemática do incidente de assunção de competência.

3. Conforme registrado no decisum embargado, “a instauração do presente incidente visa unicamente decidir o juízo competente para o julgamento de demanda relativa à dispensação de tratamento médico não incluído nas políticas públicas, sendo o conflito de competência o processo adequado para dirimir a questão de direito processual controvertida, sem que haja necessidade de adentrar no mérito da causa (em que suscitado o conflito) – ainda que a discussão se refira a preliminar, como, no caso, a legitimidade *ad causam* – nem em eventual nulidade da decisão do Juízo Federal, matérias que devem ser analisadas no bojo da ação ordinária”.

Às e-STJ fls. 476/477, 480/481 e 482/483, deferi os pedidos de ingresso nos autos, na condição de *amicus curiae*, do Grupo de Atuação Estratégica

das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores, do Ministério Público de Santa Catarina e do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, indeferindo, contudo, o pedido do Dr. José de Adelar de Moraes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Antes de desenvolver a fundamentação deste voto, é importante destacar que não se desconhece o teor da decisão proferida em 11/04/2023 pelo em. Ministro Gilmar Mendes, no bojo do RE 1.366.243/SC (em que reconhecida a repercussão geral n. 1.234), oportunidade na qual foi determinada:

[...] a suspensão nacional do processamento dos recursos especiais e extraordinários que tratam da questão controvertida no Tema 1.234 da Repercussão Geral, inclusive dos processos em que se discute a aplicação do Tema 793 da Repercussão Geral, até o julgamento definitivo deste recurso extraordinário, ressalvado o deferimento ou ajuste de medidas cautelares [...]

Conforme se observa do excerto transcrito, já se poderia constatar que o comando ali imposto não abrangeria, em tese, o julgamento do incidente em tela, pois este não foi tirado de recursos especiais, mas de conflitos de competência, situação não abrangida pela determinação.

Ainda assim, dada a importância da temática, como medida de cautela e visando não contrariar a determinação do STF, estabeleci contato telefônico com o eminente Ministro Gilmar Mendes, ocasião na qual ficou expressamente esclarecido por Sua Excelência que a medida de sobrestamento não abrangeria o IAC em exame.

Superada, portanto, essa possível preocupação preliminar, passo à análise em si do presente incidente.

Conforme relatado, a Primeira Seção desta Corte de Justiça, com fulcro nos arts. 947 do Código de Processo Civil/2015 e 271-B do RISTJ, afetou os Conflitos de Competência n. 187.276/RS, 187.533/SC e 188.002/SC à sistemática do incidente de assunção de competência (IAC 14), para a definição da seguinte tese jurídica:

Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na *Anvisa*, analisar se compete ao autor a faculdade de

eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal.

Antes de analisar o incidente de assunção de competência, cumpre promover breve apontamento acerca da legislação em matéria de saúde, bem como retrospectiva das questões jurídicas suscitadas em torno da responsabilidade dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde e a jurisprudência formada sobre o tema no âmbito dos Tribunais Superiores.

1) *Evolução legislativa do direito à saúde no Brasil.*

É sabido que a Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico ao consagrar a saúde como direito social fundamental (art. 6º), notadamente por estar intrinsecamente atrelado ao direito à vida, prevendo, no seu art. 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Observa-se que o constituinte originário qualificou as ações e serviços de saúde como de relevância pública (art. 197, CF/88) e atribuiu ao Estado (*latu sensu*) o dever de garantir a efetividade desse direito social, por meio de rede regionalizada e hierarquizada que atenda a todos os graus de complexidade. Criou-se, assim, o Sistema Único de Saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: “I. descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II. atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III. participação da comunidade” (art. 198).

Ademais, o art. 198, § 1º, da Constituição Federal, dispõe que o Sistema Único de Saúde será financiado por recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que evidencia, pois, a responsabilidade de todos os entes da administração pública nessa seara.

De notar, ainda, que a Carta Magna estabeleceu diversas regras de competência legislativa, de planejamento e execução, em matéria de defesa da saúde, impondo destacar a competência legislativa privativa da União (art. 22); a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art.

23, II); a competência concorrente da União, Distrito Federal e Estados (art. 24, XII); a competência suplementar dos Estados e Municípios (arts. 24, § 2º, e 30, I, respectivamente); e a competência do Município em “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (art. 30, VII), bem como a previsão de limites mínimos de aplicação de recursos orçamentários na saúde (art. 34, VI).

Em obediência à norma constitucional, foi publicada a Lei federal n. 8.080/1990, que trata da organização do Sistema Único de Saúde, bem como a Lei federal n. 8.142/1990, a qual dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, ambas formando a Lei Orgânica da Saúde.

Na realidade, o Sistema Único de Saúde possui uma gama enorme de normas que buscam regulamentar a Constituição Federal e a própria Lei n. 8.080/1990 para consecução das finalidades acima estabelecidas, impondo destacar, ainda, o Decreto federal n. 7.508/2011, que promoveu grandes mudanças na forma de organização do SUS, de planejamento da saúde, de assistência à saúde e de articulação interfederativa.

Por sua vez, a Lei n. 12.466/2011, que modificou a LOS e acrescentou os arts. 14-A e 14-B, a fim de conferir maior legitimidade às representações dos entes estaduais e municipais de saúde, disciplinou as atribuições: do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e das Comissões Intergestores, fortalecendo o pacto federativo.

Outrossim, a Lei n. 12.401/2011 trouxe novas regras para a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, incluindo os art. 19-M a 19-U da Lei n. 8.080/1990, que contêm a definição do que se enquadraria como assistência terapêutica integral no âmbito da estrutura do SUS.

Entretanto, como se verá a seguir, a questão a ser tratada no presente incidente não demanda grandes debates sobre a legislação do SUS, apesar de os juízes conflitantes se reportarem à referida norma infraconstitucional em suas decisões.

Isso porque é pacífica a orientação desta Corte Superior no sentido de que, “no âmbito do conflito de competência, não se discute o mérito da ação, tampouco qual seria o rol de responsabilidades atribuído a cada ente federativo em relação ao Sistema Único de Saúde. Cumpre apenas a análise do juízo

competente para o exame do litígio, nos termos em que apresentados o pedido e a causa de pedir” (STJ, AgInt no CC 166.964/RS, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Primeira Seção, DJe de 19/11/2019).

Nesse sentido: AgInt nos EDcl no CC n. 183.009/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 16/11/2022, DJe de 18/11/2022.

2. Retrospectiva das questões jurídicas suscitadas em torno da responsabilidade dos Entes Federados no dever de prestar assistência à saúde e analisadas nas Cortes Superiores.

Não obstante o cenário jurídico delineado pela Constituição Federal de 1988 e pelas leis infraconstitucionais, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde ganhou tamanha proporção que o Supremo Tribunal convocou, em 2009, a realização de audiência pública para ouvir especialistas sobre o tema, objetivando esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, especialmente para decidir a Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 (SS/PE - AgR n. 2.361), tendo o acórdão que julgou o agravo regimental guardado a seguinte ementa:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na Anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STA 175 AgR, Relator Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe 30/04/2010)

A respeito do controle judicial das políticas de saúde, o Ministro Gilmar Mendes, relator do Agravo Regimental na SS 2.361, ressaltou naquela ocasião que, “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”.

Diante da dificuldade enfrentada pelo Estado no que tange à efetivação das políticas públicas de saúde, na forma assegurada pela Constituição de 1988, o cidadão brasileiro passou a buscar a tutela jurisdicional para ter acesso a fornecimento de medicações, a vagas em leitos de UTI ou a realização de exames e cirurgias, o que gerou um aumento exponencial do número de processos judiciais que envolvem o direito à saúde.

O ponto central da judicialização da saúde é seguramente a discussão quanto ao dever da Administração de fornecer medicamentos ou tratamentos não incorporados ao SUS ao administrado que deles necessite.

Na tentativa de conferir certa racionalidade e segurança jurídica para os casos de dispensação de medicamentos e procedimentos terapêuticos não incorporados ao SUS ou de alto custo, bem como de minimizar a problemática crescente do aumento de processos judiciais sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso repetitivo e repercussão geral, passaram a definir algumas diretrizes para servir de guia tanto pelo Poder Público quanto pelos magistrados nas demandas relativas à saúde.

A Primeira Seção do STJ julgou o REsp n. 1.657.156/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 106), consolidando o entendimento de que o Poder Público tem a obrigação de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que preenchidos cumulativamente determinados requisitos, quais sejam:

- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- (iii) existência de registro na *Anvisa* do medicamento.

(REsp 1.657.156/RJ, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 04/05/2018).

Esta Corte de Justiça modulou os efeitos da tese firmada, a fim de que os critérios e os requisitos então estipulados fossem exigidos somente para os processos distribuídos a partir da publicação do julgamento do repetitivo, ou seja, a partir de 04/05/2018 (EDcl no REsp 1.657.156/RJ, DJe 21/09/2018).

Outra discussão de enorme relevância travada na Suprema Corte, em sede de repercussão geral, diz respeito ao dever ou não de o Estado fornecer,

excepcionalmente, medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A matéria foi objeto dos Temas 500 (RE n. 657.718, DJe 09/11/2020) e 1.161 (RE n. 1.165.959, DJe 22/10/2021), oportunidade na qual se entendeu ser possível obrigar ao Poder Público o fornecimento do medicamento, nos casos em que houver mora irrazoável da *Anvisa* em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n. 13.411/2016) e quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

No que diz respeito ao dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo ao enfermo com doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, a questão também foi submetida a repercussão no STF (RE 566.471, Tema 6), não tendo sido ainda concluído o julgamento de mérito.

Registre-se também que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE 855.178/SE (Tema 793), submetido à repercussão geral, decidiu que os entes federados têm responsabilidade solidária na assistência à saúde, nos termos da seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Constitucional e Administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE 855.178/PE, Relator Min. Luiz Fux, Julgamento: 05/03/2015, Repercussão Geral – mérito, DJe 16/03/2015).

Nessa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.203.244/SC, pelo método dos recursos representativos de controvérsia (Tema 686), também havia firmado a tese jurídica de que o chamamento ao processo de todos os devedores solidários não é obrigatório e de que a aplicação desse instituto acarretaria obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à vida e à saúde:

Processual Civil. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recurso representativo de controvérsia. Sistema Único de Saúde. Fornecimento de medicamentos. Ação movida contra o Estado. Chamamento da União ao processo. Art. 77, III, do CPC. Desnecessidade.

Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC

1. *O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde.*

Precedentes do STJ.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que “o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios”, e “o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional”, razão por que “*o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida*” (RE 607.381 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011).

Caso concreto

3. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido negou o chamamento ao processo da União, o que está em sintonia com o entendimento aqui fixado.

4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

(REsp n. 1.203.244/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 9/4/2014, DJe de 17/6/2014.) (Grifos acrescidos).

Não obstante toda essa dinâmica jurisprudencial, as dificuldades técnicas de organização do SUS e o aumento dos gastos no setor levaram o Supremo Tribunal Federal a iniciar o reexame sobre a tese da solidariedade entre os entes federados nas demandas prestacionais de saúde.

Essa discussão foi retomada pelo STF, na sessão de 23 de maio de 2019, ao julgar os embargos de declaração opostos pela União contra decisão do Plenário Virtual no RE n. 855.178/SE (Tema 793), ocasião em que foi externada a preocupação com a busca da manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS, bem como sobre a necessidade de inclusão da União Federal no polo passivo das ações sobre fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, mas registrados devidamente na *Anvisa*.

Os referidos aclaratórios, que tiveram a relatoria para o acórdão do Ministro Edson Fachin, integraram, por maioria de votos, a tese de repercussão geral (Tema 793), que passou a contar com a seguinte ementa:

Constitucional e Administrativo. Embargos de declaração em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Desenvolvimento do precedente. Possibilidade. Responsabilidade de solidária nas demandas prestacionais na área da saúde. Desprovisionamento dos embargos de declaração.

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

2. *A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.*

3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

4. Embargos de declaração desprovidos. (Grifos acrescidos).

Como se vê, apesar de o Pretório Excelso ter mantido a orientação dominante nas Cortes Superiores acerca da responsabilidade solidária dos entes federados, com fundamento nos arts. 23, II, e 198, *caput* e § 1º, da CE/88, acabou inovando o cenário jurídico, ao exigir, de forma expressa, que o magistrado direcione o cumprimento da obrigação, segundo as normas de repartição de competências do SUS, assim como determine o ressarcimento à pessoa política legalmente responsável pelo financiamento da prestação sanitária ressarcir a quem suportou tal ônus.

Essa mudança de cenário, por sua vez, acarretou uma divergência de interpretação do Tema 793 do STF entre as Justiças estaduais e Federal e fez renascer a discussão relacionada à natureza do litisconsórcio formado em tais casos.

Os Juízos estaduais, quando se deparam com pedido de fármaco e/ou tratamento médico não incluído nas políticas públicas, determinam, de ofício, que a parte autora emende a inicial para incluir a União no polo passivo da lide, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, ou então

simplesmente remetem o processo à Justiça Federal, com amparo no Tema 793 da Suprema Corte, declinando-se da competência.

Considerando que compete à União, por meio do Ministério da Saúde, excluir e incorporar novos medicamentos, produtos ou procedimentos médicos, bem como constituir ou alterar protocolo clínico ou diretriz terapêutica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (art. 19-Q da Lei n. 8.080/1990), os juízes estaduais entendem que a intervenção da União na lide é obrigatória, concluindo caber ao ente federal arcar com as despesas pelo fornecimento de fármacos não incluídos.

Por sua vez, a Justiça Federal vem suscitando o conflito negativo de competência, por entender que o STF, ao julgar o Tema 793, ratificou o entendimento de que a responsabilidade entre os entes federativos, em matéria de saúde pública, é solidária, não impondo a formação de litisconsórcio passivo necessário, competindo à parte autora eleger contra quem pretende demandar.

Apesar do disposto nos arts. 109, I, da Constituição Federal e 45 do Código de Processo Civil/2015, bem como do entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça de que compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo à Justiça estadual reexaminar a decisão (Súmula 254 do STJ), imensa quantidade de conflitos de competência a respeito da aludida matéria começou a chegar diariamente a esta Corte de Justiça, notadamente após o julgamento do Tema 793 (Emb. Decl. no RE 855.178/SE) pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, como a controvérsia jurisprudencial não cessou mesmo após o julgamento do Tema 793, o Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.366.243/SC (09/09/2022), reconheceu a repercussão geral da matéria acerca da “legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - *Anvisa*, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS” (Tema 1.234).

Após a contextualização acima, cabe analisar as questões jurídicas objeto deste incidente, a fim de que possam ter força obrigatória, com o registro de que decorrem do reconhecimento pelo STF da necessidade de direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

3) *Questão jurídica afetada no Incidente de Assunção de Competência - IAC 14 do STJ*

De início, cumpre registrar que, no julgamento do Tema 793, o STF não avançou nas questões de natureza processual que normalmente são debatidas no âmbito do conflito de competência, a título de exemplo: a) a maneira como a União irá assumir a posição de parte nos processos relativos à saúde, vale dizer, a modalidade de intervenção; b) a competência estabelecida no art. 109, I, da CF/1988 (*ratione personae*) e c) o juízo competente para decidir sobre eventual formação de litisconsórcio passivo.

Convém rememorar, ainda, que a instauração do presente incidente visa unicamente decidir o juízo competente para o julgamento de demanda relativa à dispensação de tratamento médico não incluído nas políticas públicas, sendo o conflito de competência o processo adequado para dirimir a questão de direito processual controversa. Portanto, não há necessidade de adentrar no mérito da causa (onde suscitado o conflito) – ainda que a discussão se refira a preliminar, como, no caso, a legitimidade *ad causam* – nem em eventual nulidade da decisão do Juízo estadual ou federal, matérias que devem ser analisadas no bojo da ação ordinária.

Outrossim, a meu ver, a controvérsia objeto do RE 1.366.243/SC – Tema 1.234 do STF – não prejudica o exame da temática delimitada no IAC 14/STJ por esta Corte de Justiça, já que não houve determinação expressa, no STF, de sobrestamento de outros feitos correlatos e, como visto, a última decisão (11/04/2023) proferida no referido recurso não abrange o incidente em tela.

Registre-se que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao acolher questão de ordem e seguindo as diretrizes formuladas pelo próprio STF, definiu que a suspensão dos feitos não é decorrência automática do reconhecimento da repercussão geral, devendo haver decisão expressa do relator para que haja sobrestamento (REsp 1.202.071/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 3.6.2019), inexistindo, por ora, tal determinação.

A propósito, nesse ponto, *é muito importante destacar que, embora a matéria discutida no presente IAC coincida, em grande medida, com a afetada ao Tema n. 1.234 do STF, esta Corte Superior não tenciona se apropriar, em total extensão, do debate jurídico que figura como pano de fundo de ambas.*

Este incidente visa preponderantemente solucionar e estancar o quanto antes a questão processual (discussão acerca da competência de ramos da Justiça ou sobre

a legitimidade processual da União), ao menos até o deslinde a ser dado na ocasião do julgamento do Tema 1.234.

Isto é, há flagrante necessidade de que o STJ se posicione imediatamente a respeito do tema objeto do presente IAC, buscando evitar a proliferação de incidentes relacionados à competência para o julgamento das demandas de saúde e oferecer segurança jurídica enquanto o STF não decidir a matéria que se encontra afetada à solução por repercussão geral.

Aliás, ao assim agir, este Superior Tribunal busca mitigar, desde já, os impactos negativos que o quadro de instabilidade processual relativo às demandas de saúde possa causar aos próprios jurisdicionados (em relação às ações em curso), notadamente por se tratar de partes vulnerabilizadas por necessidade imediata de tratamento médico.

Lembre-se que a definição, de plano, sobre a competência que deve prevalecer (até que, repita-se, seja formado o precedente no STF) é fundamental para que se ofereça o mínimo de estabilidade para tramitação das inúmeras ações em curso, já que a definição do juízo competente é matéria que precede a todas as demais.

Por outro lado, tem-se a exata compreensão de que a discussão jurídica em si será desenvolvida em sua completude no âmbito do Supremo, quando do julgamento do Tema n. 1.234, oportunidade em que aquela Corte até mesmo aprofundará o debate a partir de outras perspectivas tão ou mais importantes, sob a dimensão estrutural e da política pública de saúde em si.

Nessa quadra, a análise do juízo competente a ser realizada a seguir:

a) abordará a definição da natureza jurídica do litisconsórcio passivo formado entre os entes federados nas ações relativas à saúde: se facultativo ou necessário, simples ou unitário, questão fundamental para aferir a possibilidade de o Juízo estadual interferir na composição do polo passivo da ação e deslocar a competência para a Justiça Federal;

b) promoverá análise sobre a possibilidade de dar o direcionamento da demanda ao ente responsável pela prestação, nos termos determinados pela Suprema Corte, visto que, de um modo ou de outro, há que se reconhecer a solidariedade passiva dos entes políticos.

c) examinará a pertinência da manutenção da antiga jurisprudência desta Corte, consolidada no REsp n. 1.203.244/SC, no sentido de inadmitir o chamamento ao processo dos demais devedores solidários em demandas de saúde contra o SUS, na forma do art. 130 do CPC/2015, em face do que foi decidido no Tema 793 do STF.

São questões processuais que precisam ser enfrentada e que, reforce-se, não foram objeto de discussão expressa pela Suprema Corte no julgamento do Tema 793, conforme acima mencionado.

Dito isso, adianto que o Superior Tribunal de Justiça entende que a Suprema Corte, ao julgar o RE 855.178/SE (Tema 793), não acolheu todas as premissas e conclusões do voto condutor do Ministro Edson Fachin. Compreende-se que o Tribunal Pleno do STF, ao final dos debates, deliberou expressamente que não se estaria tratando da formação (obrigatória) do polo passivo da lide, em face das premissas propostas pelo Ministro Edson Fachin, especificamente no item V de seu voto, tanto que ele próprio, designado como relator para o acórdão, esclareceu, na sessão de 23/05/2019, o seguinte:

(...) O Senhor Ministro Edson Fachin - Na verdade, foi apreendido um segmento daquela formulação, mas, como se sabe, bastaria fazer exatamente esse exame de comparação entre o enunciado e a tese proposta. O enunciado é mais elástico. Aliás, comungo integralmente das premissas agora expostas pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Por isso que a proposta da tese, na sua primeira parte, reafirma a solidariedade e, ao mesmo tempo, atribui esse poder/dever à autoridade judicial para direcionar o cumprimento. *Não se trata da formação do polo passivo, tomei esse cuidado para evitar o debate sobre a formação de litisconsórcio ou a extensão de um contraditório deferido para direcionar o cumprimento. Ainda que direcione e, por algumas circunstâncias, depois se alegue que o atendimento - exatamente naquela diferença de Bobbio citada por Vossa Excelência ontem - às demandas da cidadania possa ter levado a um eventual ônus excessivo a um ente da Federação, a autoridade judicial determinará o ressarcimento - é a parte final - a quem suportou o ônus financeiro.* Eu levei em conta preocupação de Vossa Excelência e, ainda que sem o apuro necessário, tentei incorporar aqui as premissas que Vossa Excelência acaba de traduzir na tese, conforme proposto. (Grifos acrescentados).

O Ministro Dias Toffoli, também naquela assentada, na condição de presidente do Tribunal, reiterou o entendimento do relator, afirmando:

A tese - cumprimento o eminente Relator - contemplou várias questões colocadas em debate, como, por exemplo, a ideia da compensação, porque, em uma emergência, em uma situação de urgência - e foi a preocupação demonstrada por Vossa Excelência, Ministro Ricardo -, o Juízo demandado e o polo passivo podem não ter sido os competentes, mas uma vida foi salva, cuidouse da saúde daquele que, nos termos de nossa Constituição, da qual somos guardas, precisava ter a assistência de saúde.

Essa tese proposta pelo Ministro Luiz Edson Fachin trata exatamente, no final, do ressarcimento, da compensação entre os entes da Federação, de acordo com o nível ou com a estrutura normativa de regulamentos de tratamento da saúde, entre as competências da União, estados, Distrito Federal e municípios.

Cumprimento o eminente Ministro Edson Fachin pela capacidade de formular uma tese que refletiu o voto majoritário, mas que também contemplou as preocupações expressas nos votos vencidos. E isso realmente é algo que temos sempre que procurar atingir.

Depreende-se que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral (Tema 793), quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, refere-se ao cumprimento da sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional. O mencionado precedente não modificou as regras de competência previstas no art. 109, I, da Constituição Federal e nas Súmulas 150, 224 e 254 do Superior Tribunal de Justiça, tampouco tratou da natureza do litisconsórcio formado nas demandas relativas à saúde, à luz Código de Processo Civil/2015 (arts. 113, 114, 115, 116 e 118).

Diante desse quadro, a Primeira Seção desta Corte, nos autos do RE nos EDcl no AgInt no CC n. 175.234/PR, deixou de exercer o juízo de retratação, por reconhecer que o entendimento do STJ no sentido de inexistir litisconsórcio passivo necessário entre os entes federados nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos não constantes na lista do SUS – à exceção da hipótese de ausência registro na Anvisa – não contraia a orientação firmada pelo STF no julgamento do Tema 793.

Eis a ementa do aludido acórdão:

Processual Civil. Devolução dos autos ao relator para exame do juízo de retratação, na forma do art. 1.040, II, do CPC, ante o decidido pelo STF no RE 855.178 ED/SE (Tema 793/STF). Conflito negativo instaurado entre Juízos Estadual e Federal. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos registrados na *Anvisa*. Interesse jurídico de entidades federais afastado pela Justiça Federal. Súmulas 150 e 254/STJ. Precedentes do STJ. Competência da Justiça Estadual.

1. Na hipótese dos autos, sustenta a parte recorrente que o Recurso Extraordinário tem Repercussão Geral e merece ser alçado ao Supremo Tribunal Federal, pois todos os pressupostos exigidos para sua admissão encontram-se preenchidos.

2. Aduz que houve violação direta à Constituição Federal, consubstanciada na ofensa aos seus arts. 109, I, 196 e 197, ao argumento de que, não obstante seja

pacífico o entendimento acerca da solidariedade entre os entes públicos das três esferas de poder, no que se refere à gestão do Sistema Único de Saúde, há necessidade da presença da União na ação de origem, uma vez que a pretensão envolve medicamento que não integra a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, o que atrai a competência da Justiça Federal para julgamento da lide.

3. Com efeito, ao julgar o RE 855.178 ED/SE (Tema 793/STF), o Supremo Tribunal Federal foi bastante claro ao estabelecer na ementa do acórdão que “É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.”

4. *In casu*, é fundamental esclarecer que, ao julgar o RE 855.178/SE (Tema 793), não foram acolhidas pelo Pleno do STF todas as premissas e conclusões do Voto condutor do Ministro Edson Fachim.

5. *Ainda que tenha sido apresentada proposta pelo Ministro Edson Fachin que, na prática, poderia implicar litisconsórcio passivo da União, tal premissa/conclusão - repita-se - não integrou o julgamento que a Corte Suprema realizou no Tema 793.*

6. *Outrossim, o STJ já se manifestou reiteradas vezes sobre a quaestio iuris, estando pacificado o entendimento de que a ressalva contida na tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde. Entender de maneira diversa seria afastar o caráter solidário da obrigação, o qual foi ratificado no precedente qualificado exarado pela Suprema Corte.*

7. *Por fim, cumpre ressaltar que, não se tratando de litisconsórcio passivo necessário da União, é certo que a emenda à inicial para a inclusão de um litigante no polo passivo da lide somente pode ser admitida a pedido da parte demandante, antes da citação ou até o saneamento do feito, nesse último caso com o consentimento do(s) réu(s), já que esse constitui o momento de estabilização da demanda.*

8. Efetivamente, não se pode negar à parte que não quer demandar contra a União seu direito de opção inerente à solidariedade, impelindo-a a emendar a inicial para incluir no feito ente que não é litisconsorte necessário.

9. No caso concreto, como o Juízo Federal, em decisão não recorrida, reconheceu expressamente a inexistência de litisconsórcio passivo necessário da União, concluindo pela sua ilegitimidade passiva e levando em consideração tratar-se de medicamento registrado na Anvisa, deve ser declarada a competência do Juízo Estadual para o processo e o julgamento da demanda, nos termos das Súmulas 150 e 254 do STJ.

10. Juízo de retratação rejeitado.

(RE nos EDcl no AgInt no CC n. 175.234/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 9/2/2022, DJe de 15/3/2022.) (Grifos acrescidos).

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente mantido os acórdãos proferidos em conflito de competência. A propósito, vejam-se:

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Fornecimento de medicamento. RENAME/SUS. Litisconsórcio facultativo. Tema 793/STF. Desprovemento do agravo interno. Manutenção da decisão recorrida

I - Trata-se de conflito negativo de competência instaurado em ação civil pública, objetivando o fornecimento de medicamento.

II - Analisando os autos, verifica-se que a ação originária, proposta contra o ente estadual, tem por objeto o fornecimento de medicamento registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, mas não incorporado na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do Sistema Único de Saúde - RENAME/SUS.

III - Inicialmente, cumpre salientar que, no julgamento do RE n. 657.718/MG (Tema n. 500/STF, de Repercussão Geral), a Corte Suprema estabeleceu a obrigatoriedade de ajuizamento da ação contra a União quando se pleitear o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, fixando a seguinte tese: 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n. 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

(i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

IV - Nos autos do RE n. 855.178/SE (Tema n. 793/STF, de Repercussão Geral), por sua vez, o Supremo Tribunal Federal consignou que o “tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente”.

V - Os embargos declaratórios opostos nos referidos autos, cujo julgamento não alterou o entendimento outrora firmado, foram assim ementados: RE 855.178 ED, Relator(a): Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado

em 23/05/2019, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-090 divulg 15-04-2020 public 16-04-2020.

VI - *Perceba-se que na tese fixada não há comando que determine a obrigatoria integração da União no polo passivo das ações que postulam o fornecimento de medicamentos não incorporados na Rename/SUS. Ao revés, há registro expresso, em ementa, sobre a possibilidade de os entes federados serem demandados isolada ou conjuntamente.*

VII - *No particular, mencione-se que, ainda que tenha sido apresentada, no voto de lavra do Ministro Edson Fachin - relator para o acórdão, proposta que poderia implicar o litisconsórcio passivo necessário com a presença da União, tal premissa não integrou a conclusão do julgamento, consolidando-se apenas como obter dictum.*

VIII - *É exatamente nesse sentido, de inexistência de obrigatoriedade de inclusão de todos os entes federados no polo passivo das ações que pleiteiam o fornecimento de medicamentos que não constem da Rename/SUS - mas que já sejam registrados na Anvisa, que se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes precedentes: CC n. 172.817/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 9/9/2020, DJe 15/9/2020; AgInt no CC n. 166.929/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 16/6/2020, DJe 23/6/2020.*

IX - *Recentemente, corroborando esse entendimento, nos autos do RE nos EDcl no AgInt no CC n. 175.234/PR, em juízo de retratação, o qual foi rejeitado pelo Relator, Ministro Herman Benjamin, os seguintes e fortes argumentos: [...] Com efeito, ao julgar o RE n. 855.178 ED/SE (Tema 793/STF), o Supremo Tribunal Federal foi bastante claro ao estabelecer na ementa do acórdão que “É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.” [...] *In casu*, mister esclarecer que, ao julgar o RE 855.178/SE (Tema 793), não foram acolhidas pelo Pleno do STF todas as premissas e conclusões do voto condutor do Ministro Edson Fachin. Ainda que tenha sido apresentada proposta pelo Ministro Edson Fachin que, na prática, poderia implicar no litisconsórcio passivo da União, tal premissa/conclusão - repita-se - não integrou o julgamento que a Corte Suprema realizou no Tema 793. [...] Ocorre que, como bem esclarecido pelo Juízo suscitante na presente demanda, nos debates e deliberações o Pleno do STF concluiu pela não aprovação de todas as premissas propostas (especialmente o item “v”), denotando-se que, ao final, tais colocações, constantes no voto do Ministro Edson Fachin, constituíram apenas *obter dictum*.*

Cabe destacar, a propósito, parte das discussões nos EDs opostos ao RE 855.178/SE - Tema 793, que evidenciam não ter o STF decidido pela obrigatoriedade da presença União no polo passivo da lide, nos casos em que se



pleiteia medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas. [...] *Outrossim, o STJ já se manifestou reiteradas vezes sobre a quaestio iuris, estando pacificado o entendimento no sentido de que a ressalva contida na tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde.*

X - E aqui, o ponto que mais chama a atenção para dirimir a presente controvérsia, a seguinte conclusão exposta pelo nobre Relator:

“Entender de maneira diversa seria afastar o caráter solidário da obrigação, o qual foi ratificado no precedente qualificado exarado pela Suprema Corte.”

XI - E continua: [...] Por fim, cumpre ressaltar que não se tratando de litisconsórcio passivo necessário da União, é certo que a emenda à inicial para a inclusão de um litigante no polo passivo da lide somente pode ser admitida a pedido da parte demandante, antes da citação ou até o saneamento do feito, nesse último caso com o consentimento do(s) réu(s), já que esse constitui o momento de estabilização da demanda. Efetivamente, não se pode negar à parte que não quer demandar contra a União o seu direito de opção inerente à solidariedade, impelindo-a a emendar a inicial para incluir no feito ente que não é litisconsorte necessário. No caso concreto, como o Juízo Federal, em decisão não recorrida, reconheceu expressamente a inexistência de litisconsórcio passivo necessário da União, concluindo pela sua ilegitimidade passiva e levando em consideração tratar-se de medicamento registrado na Anvisa, deve ser declarada a competência do Juízo Estadual para o processo e o julgamento da demanda, nos termos das Súmulas 150, 224 e 254 do STJ.

Diante do exposto, verificando-se que o entendimento do STJ não destoa do Tema 793/STF, rejeito o juízo de retratação

XII - O voto foi acolhido à unanimidade na sessão de 9 de fevereiro, oportunidade em que tal entendimento também foi acolhido no julgamento do CC n. 174.749/PR, de Relatoria do Ministro Gurgel de Faria.

XIII - *Desse modo, à consideração de que a situação dos autos, conforme relatado, é de fornecimento de medicamento não incorporado ao elenco da Renam/SUS, mas não sendo caso de ausência de registro na Anvisa e, não ajuizada a demanda em desfavor da União, afasta-se a competência da Justiça Federal, que inclusive foi expressamente afastada (Súmula n. 150/STJ).*

XIV - Agravo interno improvido.

(AgInt no CC n. 183.816/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.) (Grifos acrescidos).

Processo Civil. Agravo interno no agravo interno no conflito de competência. Fornecimento de medicamento. Justiça Federal. Litisconsórcio facultativo. Reconhecimento da ilegitimidade passiva da União. Aplicação das Súmulas n. 150 e 254 do STJ. Solidariedade passiva ratificada pelo STF. Tema n. 793, sob o regime da repercussão geral. Recurso improvido.

1. Foi ajuizada ação de obrigação de fazer com a finalidade de obter o fornecimento de medicamento não oferecido pelo SUS. A Justiça estadual, de ofício, determinou a emenda da inicial para que houvesse a inclusão da União no polo passivo da demanda. A Justiça Federal, por sua vez, reconheceu a ilegitimidade passiva da União, sob o fundamento de que se trata de litisconsórcio passivo facultativo.

2. A aplicação da Súmula n. 224/STJ deve ser mitigada nos conflitos de competência tirados das ações de fornecimento de medicamentos, dada a relevância e urgência da pretensão de direito material deduzida na demanda, a qual envolve a tutela do dever estatal de assegurar o direito à saúde, bem como em função das particularidades envolvidas na definição do juízo competente, haja vista a existência de divergência notória entre a Justiça estadual e a Justiça Federal a respeito da interpretação de precedente vinculante do STF - Tema n. 793/STF, sob o regime da repercussão geral.

3. Esta Corte Superior, em casos análogos, tem reconhecido a competência da Justiça estadual para o exame da demanda, tendo em vista a orientação contida nas Súmulas n. 150 e 254 do STJ, respectivamente: "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas."; "A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual".

4. A Suprema Corte, no julgamento do Tema n. 793, sob o regime da repercussão geral, reafirmou a tese de solidariedade entre os entes federativos, de modo que o polo passivo da demanda pode ser composto por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente.

5. Ao final das discussões travadas no Pretório Excelso, afastou-se expressamente a existência de litisconsórcio passivo necessário entre os entes federativos, ressalvando-se a possibilidade de a entidade que suportou o ônus financeiro da causa buscar o ressarcimento ou compensação, conforme as regras de repartição de competência, considerando-se o nível e a estrutura normativa de regulamentos aplicáveis no âmbito do SUS.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AgInt no CC n. 181.877/SC, relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 16/8/2022, DJe de 31/8/2022.) (Grifos acrescidos).

Deve-se salientar, entretanto, ter conhecimento que, em recentes julgados, o STF, ao contrário do entendimento desta Corte, manifestou-se no sentido

de que é imprescindível o ingresso da União nas demandas que versem especificamente sobre o fornecimento de medicamentos registrados na *Anvisa*, mas não padronizados no SUS.

Cito os seguintes julgados:

Reclamação constitucional. Tema n. 793 da Sistemática da Repercussão Geral. Fármaco não constante das políticas públicas instituídas. Obrigação do Poder Judiciário de direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências no Sistema Único de Saúde (SUS). Harmonização da tese de responsabilidade solidária dos entes federados nas demandas prestacionais na área da saúde aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, inciso LV) e à competência originária da Justiça Federal (CF/88, art. 109, inciso I). Reclamação julgada procedente.

1. A tese do Tema n. 793 da sistemática da repercussão geral preconiza que, ante a possibilidade de o polo passivo de demanda prestacional de saúde ser composto por qualquer ente federativo, isolada ou conjuntamente, cabe ao Poder Judiciário “direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências”.

2. *A decisão sobre a incorporação da tecnologia ao SUS é, por força do arcabouço normativo de estatura constitucional e legal em matéria de saúde pública, responsabilidade do Ministério da Saúde, com apoio da CONITEC (art. 19-Q da Lei 8.080/90).*

3. *Em demanda para fornecimento de medicamentos não constantes das políticas públicas instituídas, a União deve integrar o polo passivo da lide, sem prejuízo da presença do estado e/ou do município na relação processual.*

4. Reclamação julgada procedente para determinar a inclusão da União no polo passivo da lide, bem como o envio dos autos à Justiça Federal, ficando mantido, contudo, o fornecimento do medicamento determinado pelo juízo estadual até que o direito seja apreciado pelo juízo competente (CPC, art. 64, § 4º).

(Rcl 49.890, Relator(a): Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/03/2022, Processo Eletrônico DJe-106 divulg 31-05-2022 public 01-06-2022) (Grifos acrescidos).

Constitucional e Processual Civil. Agravo interno em reclamação. Indevida aplicação do Tema 793 da Repercussão Geral pelo Juízo da Origem. Ônus obrigacional a ser suportado pela União. Necessidade de sua inclusão no polo passivo. Agravo interno a que se dá provimento.

1. O objeto do Agravo é a correta interpretação e aplicação da tese fixada no Tema 793 da Repercussão Geral, cujo teor é o seguinte: “os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais

de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

2. *A solidariedade atribuída a todos os entes (art. 23, II, da CF) não pode significar possibilidade absoluta de atropelo, por ordens judiciais, da estrutura fixada essencialmente a partir da lógica hierarquizada e sistematizada das ações e serviços públicos de saúde (art. 198, caput e I, da CF), materializada pela divisão de atribuição feita pela Lei 8.080/1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde.*

3. A interpretação do Tema 793-RG deve considerar a existência de solidariedade entre todos os entes em caso de competência comum, mas deve observar o direcionamento necessário da demanda judicial ao ente responsável pela prestação específica pretendida, permitindo-se que o cumprimento seja direto e, eventual ressarcimento, eficaz. *Nesses casos, quando identifica-se a responsabilidade direta da União pelo fornecimento do medicamento ou pelo tratamento pretendido, nos termos da Lei 8.080/1990, sua inclusão no polo passivo da demanda é medida necessária, a ser providenciada pelo juiz da causa, evitando-se o descompasso entre a previsão orçamentária e a concretização da despesas na área da saúde.*

4. Da mesma forma, quando se objetivar a “incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”, as quais são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, *nos termos do art. 19-Q da Lei 8.080/1990, a inclusão da União também se fará necessária.*

5. No caso concreto, entendeu-se pela desnecessidade da inclusão da União no polo passivo, sob o argumento de tratar-se de obrigação solidária de todos os Entes Políticos. Entretanto, trata-se de pedido de fornecimento de medicamento para tratamento oncológico, não incluído nas políticas públicas do SUS, o que obriga a sua participação da demanda.

6. Agravo Interno a que se dá provimento.

(Rcl 50.481 AgR, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 22/03/2022, Processo Eletrônico DJe-098 divulg 20-05-2022 public 23-05- 2022) (Grifos acrescidos).

Agravo interno. Reclamação constitucional. Juízo negativo de admissibilidade do apelo extremo. RE 855.178-RG (Tema 793). Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Medicamento registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não incorporado ao Sistema Único de Saúde (SUS). Necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda. Competência da Justiça Federal. Entendimento majoritário da Turma. Ressalva de entendimento. Provimento do agravo.

1. Nos termos de precedente turmário, a partir de nova interpretação conferida ao Tema 793 da repercussão geral (RE 855.178), a despeito da solidariedade entre todos os entes em caso de competência comum nas prestações do direito à saúde, deve ser observado o direcionamento necessário da demanda judicial ao ente responsável pela prestação específica pretendida.

2. *Nesse contexto, não incorporado o fármaco ao Sistema Único de Saúde – SUS, bem como identificada a responsabilidade direta da União pelo fornecimento do medicamento ou pelo tratamento pretendido, nos termos da Lei n. 8.080/1990, obrigatória sua inclusão no polo passivo da demanda, deslocando-se a competência para a Justiça Federal, sem, contudo, haver interrupção no fornecimento do medicamento.*

3. Agravo interno conhecido e provido.

(Rcl 51.661 AgR, Relator(a): Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 13/06/2022, Processo Eletrônico DJe-116 divulg 14-06-2022 public 15-06-2022) (Grifos acrescidos).

Inclusive o próprio relator do recurso extraordinário afetado como representativo de controvérsia (Tema 1.234), o eminente Ministro Gilmar Mendes, na anteriormente mencionada decisão proferida no dia 11/04/2023, ao tratar do Tema 793 do STF, destacou o entendimento de que:

Como se vê, a proposta articulada pelo Min. Edson Fachin e acolhida pelo Plenário envolvia duas premissas de racionalização do litígio judicial sobre saúde: (i) a composição do polo passivo da ação judicial deve observar a responsabilidade pela prestação delineada na Lei 8.080/1990, inclusive se implicar deslocamento de competência; e, como decorrência lógica dessa baliza, (ii) a União necessariamente comporá o polo passivo do processo quando a petição inicial veicular pedido de tratamento procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas.

Sua Excelência salientou ainda, porém, que “mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal há interpretações dissonantes quanto ao alcance da conclusão do Tema 793 da Repercussão Geral”.

Em suma, não há, até o momento, precedente vinculante esclarecendo a forma como se deve dar o direcionamento da demanda nas situações em que a parte autora não indica a União no polo passivo da demanda, bem como a possibilidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal, sem descurar dos ditames do Diploma Processual Civil no tocante às regras de litisconsórcio.

Por isso, reforça-se a pertinência do presente incidente, o qual, repita-se, não objetiva se arvorar na atribuição de oferecer soluções definitivas – pois essas serão

apresentadas, derradeiramente, pelo STF –, mas disciplinar a questão do juízo competente até que o Supremo decida a matéria.

4) *Da solidariedade entre os Entes Federados nas ações relativas à saúde: direito de escolha da parte*

Conforme visto acima, até o julgamento deste IAC, os precedentes de caráter vinculante tanto do STJ quanto do STF reconhecem a relação de solidariedade entre Município, Estado e União quando se cuida de demanda jurídica de saúde.

Ancorado nessa premissa, tem-se que, na solidariedade passiva, o credor tem direito de exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum.

De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a solidariedade é:

[...] instituto de direito material que favorece o credor, que pode cobrar de um ou alguns dos codevedores solidários a totalidade da dívida (CC 275), sem que isto importe renúncia à solidariedade (CC art. 275 par. ún.). O direito processual não pode inviabilizar o exercício do direito material, pois o processo é instrumento de realização do direito material e não um fim em si mesmo. Assim, não se pode, por intermédio do processo, aniquilar o instituto da solidariedade, criado não em benefício do devedor solidário, para resolver as suas pretensões para com os demais codevedores solidários, mas em benefício exclusivamente do credor. As soluções que o processo tem de dar, portanto, devem levar em consideração a natureza e a finalidade desse instituto de direito material denominado solidariedade” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado. 19ª. Ed. São Paulo: RT, 2020. p. 523, nota 5 ao art. 130, do CPC/2015). (Grifos acrescentados).

Os ilustres doutrinadores ressaltam, ainda, que:

[...] admitir-se que o chamamento ao processo possa ampliar o polo passivo da demanda significa fazer com que ao autor-credor seja imposta, por potestade do réu-chamante, a situação de litigar contra réus que ele não escolhera para responder à demanda, inclusive com inevitável postergação do procedimento. Em outras palavras, vale dizer que essa solução, dada por uma parte da doutrina, aniquila o instituto da solidariedade, fazendo com que seja possível ao devedor solidário discutir a cota parte de cada um de seus companheiros codevedores, em detrimento do direito do credor, que nada tem a ver com a relação material interna entre os codevedores solidários. Revela notar que o CC de 2002 repetiu o instituto da solidariedade passiva em sua intelecção (CC 275), insistindo em sua utilização

para favorecimento do credor. Incluir terceiro (codevedor solidário) no polo passivo da demanda significa impor ao autor litigar contra quem ele não quer. A tese da ampliação do polo passivo, portanto, é material e processualmente incorreta (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado. 19ª. Ed. São Paulo: RT, 2020. p. 525, nota 7 ao art. 130, do CPC/2015). (Grifos acrescentados).

Não se olvida que a solidariedade aqui tratada é de índole constitucional – decorrente do art. 23, II, da Constituição Federal – e que, portanto, não se confunde com a solidariedade civil, notadamente porque, nas prestações de serviços à saúde, é imprescindível observar as regras de competência constantes da Lei Orgânica do SUS (Lei n. 8.080/1990), conforme decidido pelo STF no Tema 793.

Entretanto, o conceito de obrigação solidária e seus efeitos, abordados na doutrina acima citada, podem ser considerados na discussão travada no presente incidente de competência.

Embora seja possível aos entes federados organizarem-se de maneira descentralizada com relação às políticas públicas de saúde, essa organização administrativa não afasta o dever legal de o Estado (*latu sensu*) assegurar o acesso à medicação ou tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros, em face da responsabilidade solidária entre eles.

Em outras palavras, a possibilidade de o usuário do SUS escolher quaisquer das esferas de poder para obter o tratamento médico (medicação e/ou insumos) desejado, de forma isolada e indistintamente, conforme ratificado pelo próprio STF no julgamento do Tema 793, afasta a figura do litisconsórcio compulsório ou necessário, por notória antinomia ontológica.

Nessa mesma linha de raciocínio, cito os seguintes precedentes:

Agravo interno em recurso especial. Direito Empresarial. Falência. Ação revocatória. Provimento. Ação anulatória por ausência de citação do falido. Litisconsórcio necessário. Inocorrência. Faculdade do credor em face dos devedores solidários. Recurso que deixa de impugnar especificamente os fundamentos da decisão ora agravada. Incidência dos arts. 932, III, e 1.021, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula 182 do STJ.

1. Inexistindo impugnação específica, como seria de rigor, aos fundamentos da decisão ora agravada, essa circunstância obsta, por si só, a pretensão recursal, pois, à falta de contrariedade, permanecem incólumes os motivos expendidos pela decisão recorrida.

Incide na espécie o disposto no arts. 932, III e 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 e a Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Conforme a jurisprudência do STJ, “por expressa previsão legal, a ação revocatória pode ser ajuizada contra todos os que figurarem no ato impugnado, ou que, por efeito dele, foram pagos, garantidos ou beneficiados (art. 55, parágrafo único, inciso I, do Decreto-Lei n. 7.661/1945). Há peculiaridades do caso concreto que conduzem à constatação de solidariedade passiva dos responsáveis pelo dano - os autores, coautores e partícipes de ato ilícito (art. 942, parágrafo único, do CC/2002, e art. 1.518, parágrafo único, do CC/1916).

Nessa linha de raciocínio, por ter a massa falida a faculdade de deduzir sua pretensão em face de qualquer um dos legitimados passivos e exigir de um ou de alguns o cumprimento da totalidade da obrigação, tornam-se impossíveis a solidariedade passiva e o litisconsórcio necessário. Como já se decidiu em precedente da Casa, ‘a possibilidade de escolha de um dos devedores solidários afasta a figura do litisconsórcio compulsório ou necessário por notória antinomia ontológica, porquanto, o que é facultativo não pode ser obrigatório’ (REsp 1.145.146/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009)” (REsp 1.119.969/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 15/10/2013)

3. “Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, é cabível a intervenção do falido como assistente simples a fim de preservar os interesses e o patrimônio da massa falida” (AgInt no REsp 1.694.810/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 26/08/2019).

4. Por se tratar de faculdade processual, caberia a massa falida deduzir a sua pretensão contra qualquer um dos legitimados passivos, exatamente como ocorreu na espécie, não havendo falar em nulidade da ação revocatória por ausência de citação do falido.

5. Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AgInt no REsp n. 1.813.818/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 8/10/2021.) (Grifos acrescidos).

Processual Civil e Consumidor. Recurso especial. Ação indenizatória e compensatória. Danos materiais e morais. Defeito na prestação de serviços. Desistência parcial. Réu não citado. Responsabilidade solidária. Litisconsórcio. Natureza. Facultativa. Demais litisconsortes. Litigantes distintos. Art. 117 do CPC/15. Anuência. Desnecessidade. Direito de regresso. Art. 283 do CC/02. Exercício. Ação autônoma. Art. 88 do CDC.

1. Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e de compensação por danos morais, ajuizada por *Marciel Furlan da Soler e Outra*, em face da recorrente, de *Deutsche Lufthansa AG* e de *Excelência Viagens e Turismo*, em decorrência de defeitos na emissão de passagens aéreas com destino internacional.

2. Recurso especial interposto em: 03/08/2017; conclusos ao gabinete em: 15/05/2018. Aplicação do CPC/15.

3. O propósito recursal consiste em determinar se: a) em ações de consumo, a desistência da ação em relação a um dos litisconsortes passivos, devedores solidários, demanda a anuência dos demais litisconsortes; e b) se a extinção da ação sem resolução do mérito em relação a uma das fornecedoras, coobrigadas solidárias, impede o exercício do direito de regresso da ré que eventualmente paga a integralidade da dívida.

4. No litisconsórcio necessário, diante da indispensabilidade da presença de todos os titulares do direito material para a eficácia da sentença, a desistência em relação a um dos réus demanda a anuência dos demais litisconsortes passivos. Precedentes.

5. *No litisconsórcio facultativo, todavia, segundo o art. 117 do CPC/15, os litisconsortes serão considerados litigantes distintos em suas relações com a parte adversa, de forma que a extinção da ação em relação a um deles, pela desistência, não depende do consentimento dos demais réus, pois não influencia o curso do processo.*

6. *Nas ações de consumo, nas quais previstas a responsabilidade solidária, é facultado ao consumidor escolher contra quem demandar, resguardado o direito de regresso daquele que repara o dano contra os demais coobrigados. Precedente.*

7. *Nessas circunstâncias, em que a responsabilidade pela reparação dos danos causados ao consumidor é solidária, o litisconsórcio passivo é, pois, facultativo.*

8. *Embora, em regra, o devedor possa requerer a intervenção dos demais coobrigados solidários na lide em que figure isoladamente como réu, por meio do chamamento ao processo, essa intervenção é facultativa e seu não exercício não impede o direito de regresso previsto no art. 283 do CC/02.*

9. Nas ações de consumo, a celeridade processual age em favor do consumidor, devendo o fornecedor exercer seu direito de regresso quanto aos demais devedores solidários por meio de ação autônoma.

10. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.739.718/SC, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 4/12/2020.) (Grifos acrescidos).

Vale dizer, até que se desfaçam as premissas acima citadas, e outras sejam estabelecidas em seu lugar, nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na Anvisa, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora eleger demandar.

Nessa quadra, as competências administrativas no SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração da composição do polo passivo delineado pela parte no momento do ajuizamento da demanda, mas

tão somente para fins de direcionamento do cumprimento da sentença ou de determinação do ressarcimento ao ente que suportou o ônus financeiro no lugar do administrativamente competente, nos termos inclusive do que decidido no julgamento do Tema 793 do STF. A propósito: AgInt no REsp n. 1.947.928/SC, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/06/2022, DJe de 23/06/2022.

Assim, considerando que a obrigatoriedade de se formar litisconsórcio é determinada pela lei ou pela natureza da relação jurídica, sendo que nenhuma das duas situações se encontram presentes, ao menos não no cenário jurídico até então vigente, não se vislumbram os requisitos para formação do referido instituto nas demandas relativas à saúde propostas com o objetivo de compelir os entes federados ao cumprimento da obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS.

Reitero, por oportuno, que a discussão acerca da competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos deve ser apreciada no bojo da ação principal, não sendo o conflito de competência a via adequada para dirimir a natureza da relação jurídica entre os litisconsortes.

5) *Crítérios definidores da competência da Justiça Federal*

Não se pode olvidar que a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, é determinada pelo critério objetivo e, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), sendo irrelevante a natureza da controvérsia sob o enfoque do direito material ou do pedido formulado na demanda.

O julgamento do Tema 793 do STF não modificou a regra de que compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas (Súmula 150 do STJ), bem como de que não cabe à Justiça estadual reexaminar a decisão, manifestando-se contrariamente (Súmula 254 do STJ).

Outrossim, nos conflitos de competência direcionados ao STJ, observa-se que os juízes federais não afastam a legitimidade da União, em face do disposto no art. 19-Q da Lei n. 8.080/1990, tampouco a possibilidade de redirecionamento do cumprimento da obrigação, conforme decidido no Tema 793 pelo STF, mas apenas reconhecem a existência de litisconsorte facultativo.

Diante disso, os juízes federais consideram inadequada a decisão da Justiça estadual que determina a intimação da parte autora para emendar a inicial, sob

pena de extinção do feito, bem como o ato do magistrado que, de ofício, inclui o ente federal na lide, visto que nenhum dos procedimentos encontra amparo legal.

No ponto, cumpre transcrever o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Odim Brandão Ferreira (CC 182.726/RS, e-STJ fls. 168/172), que bem elucida a questão:

3.2. “É indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal”?

A indagação situa-se em contexto a unir o direito material e o processual. Do ponto de vista material, o Tema 793 da RG do STF liquida o problema, ao assentar a solidariedade dos entes federativos nas prestações de saúde. A definição de solidariedade indica que a indicação da União como ré em processos que as tenha por objeto fica a critério do autor. *Do ponto de vista do direito material, a União também possui legitimidade passiva. Do ponto de vista do direito processual, contudo, sua inclusão fica a critério do autor. Em termos conceituais, a solidariedade implica o litisconsórcio passivo apenas facultativo.*

Considerando que o autor pode – mas não está compelido – a demandar contra a União, seguem-se as dúvidas a respeito do direito processual expressas na delimitação do tema. Quid iuris, se o juiz apenas enviar os autos à Justiça Federal; ou se o autor atender ao comando da Justiça local de emendar a petição inicial para incluir o poder federal na demanda e depois ela remeter os autos ao Judiciário da União? Adicionalmente, a consulta prévia à Justiça Federal seria compulsória em alguns desses casos?

De início, a consulta prévia à Justiça Federal parece procedimento literalmente ilegal, isto é, desprovido de fundamento no CPC e, portanto, de insuscetível de ser imposto aos juízos em conflito, por meio de precedente do STJ.

(...)

O conflito de competência, com todas as suas implicações parece, bem ou mal, o instituto do CPC para superar o impasse. De resto, o juízo federal só se manifestará à vista de pedido da parte no ajuizamento da demanda ou em decorrência do entendimento do juízo estadual, em demanda proposta. Não parece haver espaço para funcionar como órgão de consulta a respeito de hipóteses formuladas pelo juízo estadual, por mais que esse caminho apresente conveniências práticas.

Logo, parece necessário discutir como solver a recusa de ambos os juízos à apreciação da causa sobre saúde que lhes for apresentada.

3.2.1. Envio puro e simples dos autos pelo juízo estadual ao federal.

Raciocine-se, de início, em termos da mais isolada ortodoxia do CPC a respeito da atitude do juiz estadual que, de ofício e sem mais formalidades, apenas envia os

autos ao homólogo federal. Como nota o acórdão do STJ, muitos juízos estaduais “simplesmente remetem o processo à Justiça Federal”. Pode-se considerar que o ato do juiz estadual se classifica como mero despacho, por não decidir nenhuma questão interlocutória e, portanto, não fazer precluir seu objeto. Seria pouco mais do que uma providência cartorária. *Nessa qualidade, o juízo federal poderia rever o ato ordinatório do processo e reconhecer as obviedades na matéria: a solidariedade federativa no plano material, a resultar no litisconsórcio meramente facultativo no processual. Então, o juízo federal estaria em condições de se valer da prerrogativa de direção do processo dos arts. 139, II, e 141 do CPC, para reconhecer o caráter opcional do litisconsórcio e restituir os autos à Justiça estadual com base, na fortiori, na ratio da Súmula 224 do STJ: “excluído do feito o ente federal, cuja presença levará o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar o conflito”.* Se o art. 115, par. ún., do CPC condiciona a inclusão de réus no processo à iniciativa do autor, ainda que instado pelo juízo, oportunidade em que o juízo federal decide sobre a formação de litisconsórcio, com mais motivos poderá fazê-lo, quando a presença da União no feito traduzir mera opinião implícita do juiz estadual, nem sequer formalizada na decisão interlocutória exigida pelo par. ún.

Caso se entenda, porém, que mesmo o ato anômalo de puro envio, de ofício, dos autos ao juízo federal constitui decisão interlocutória, então o desfecho deste tópico seguirá o raciocínio desenvolvido no seguinte.

3.2.2. *Remessa dos autos ao juízo federal como consequência da emenda da petição inicial para incluir a União imposta pelo juízo estadual*

A existência de duas verdadeiras decisões interlocutórias proferidas por juízo estadual a respeito da competência para a causa parece colocar o tema em outras bases normativas, embora não necessariamente com resultado divergente do raciocínio antes desenvolvido. Certa ou errada, fato é que a determinação para que o autor emende a inicial, de sorte a requerer a inclusão da União no processo é decisão interlocutória, nos termos dos arts. 115, par. ún., e 203 do CPC. O ulterior declínio da competência, em razão da emenda requerida pelo autor, ainda que por instância judicial, também se classifica como decisão interlocutória. A consequência dessa característica de ambas as decisões é o regime de preclusão do art. 278 do CPC. *Tendo o autor manifestado a vontade de litigar contra a União, ao invés de recorrer da decisão do juízo que lhe determinou a emenda da petição, o sistema do CPC aponta no sentido de que a formação do litisconsórcio não pode ser revista pelo juízo federal, até por ser lícita. A ulterior opção do autor é lícita e firma a competência da Justiça Federal, a partir das premissas extraídas da lei processual.*

Malgrado correta, em termos do CPC, a conclusão aludida merece repúdio, por transgredir o art. 109, I, da CR, na medida em que transfere aos juízos estaduais a prerrogativa exclusiva da Justiça Federal de examinar a legitimidade passiva das entidades federais para a causa. Nisso consiste, aliás, a Súmula 150 do STJ. A aplicação das regras do CPC sobre ambos os mencionados atos judiciais, acerca da emenda da petição inicial e a respeito da preclusão não pode resultar na

alteração da competência estabelecida na Constituição, pelo óbvio motivo de que o CPC é lei ordinária. Entra em causa aqui, portanto, o critério da lei superior, impedir que a conjugação de normas inferiores redunde em sua alteração. Em outros termos, a repartição constitucional da competência da competência não se deixa ladear por mecanismos da lei ordinária.

Em consequência da superioridade da norma do art. 109, I, da CR, que atribui apenas à Justiça Federal o exame de sua competência para as causas em que entes federais figurem, devam figurar e apenas possam facultativamente ser chamadas, decorre a excepcional prerrogativa dos juízos da União de verificar a validade do ato dos juízos locais que impõem a presença de pessoas jurídicas federais em determinadas demandas. Qualquer outra solução transferiria o poder de verificação preliminar da natureza federal da causa das mãos da Justiça Federal para o Judiciário estadual, em desacordo com a norma constitucional.

Os inconvenientes disso ficam ainda mais claros, quando se tem um quadro como o presente, no qual, *data venia*, parcela da primeira instância meridional, com o apoio de parte da Advocacia de Estado, parece realizar uma guerrilha judiciária contra a diretiva do STF acerca da solidariedade e a decorrente legitimidade passiva de todas as três esferas federativas nas demandas sobre prestações de saúde pelo poder público. *O autor não recorrerá da decisão que eventualmente determine a desnecessária inclusão da União no feito, porque já assentiu à ordem do juízo estadual e porque as demandas de saúde são excruciantes e urgentes, de modo que não pode perder mais tempo e energia do que o já gastos com o problema da competência.* Estados e municípios tampouco o farão, pois o rateio, quando não a imputação à União, dos recursos para o cumprimento de liminares e sentenças lhes aliviarão os erários sempre em dificuldades. *Por fim, o Ministério Público local tende a respeitar a opção do autor, em atenção ao fato de que ninguém melhor do que ele parece, em geral, capacitado para aferir se vale apenas migrar para o foro federal ou insistir no local. Sobretudo em tais circunstâncias, deve-se garantir à Justiça Federal a competência constitucional para decidir sobre a existência de sua própria jurisdição.* (Grifos acrescidos).

Conforme ressaltado pelo *Parquet* federal, deve-se respeitar a opção da parte autora, não cabendo ao juiz estadual determinar que se proceda à emenda da inicial para incluir a União no polo passivo da demanda, uma vez que não se trata de litisconsórcio necessário, mas sim facultativo para entrega de coisa certa (fornecimento de medicação ou tratamento médico específico), cuja satisfação não comporta divisão.

6) *Redirecionamento da demanda ao ente responsável pela prestação do serviço de saúde e chamamento ao processo do coobrigado*

Quanto ao ônus financeiro da dispensação do medicamento, nada impede que o ente demandado se valha do estatuído no art. 35, inciso VII, da Lei n.

8.080/1990, que prevê a possibilidade de “ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo” caso, ao final, demonstre não ser sua a atribuição para o fornecimento do fármaco.

Ademais, o direito de os Estados e os Municípios buscarem, em relação à União, o ressarcimento do que houverem honrado a maior ou fora de sua competência administrativa também encontra amparo nos arts. 259, parágrafo único, e 285 do Código Civil de 2002.

É certo, ainda, que o art. 23 do Decreto n. 7.508/2011 prevê que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pactuarão nas respectivas Comissões Intergestores as suas responsabilidades em relação ao rol de ações e serviços constantes da RENASES”.

Ainda que haja trâmites burocráticos para o ressarcimento, a solução para o problema não é transferir a demanda para a Justiça Federal em situações em que isso não é cabível, ao arrepio da legislação processual civil e da Constituição Federal, sob pena de impor diversos obstáculos ao paciente que depende do fármaco e/ou tratamento médico urgente para evitar o agravamento de sua doença ou até mesmo o risco de morte.

Com efeito, eventual ressarcimento que se fizer necessário poderá ser levado à discussão na seara administrativa ou por meio de ação judicial, não havendo aqui violação da coisa julgada, haja vista a responsabilidade solidária entre os entes federativos.

Frise-se que quando o magistrado determinar que a obrigação de fornecer medicamento fora da lista do SUS seja cumprida por determinado ente público, nada impede que reconheça a possibilidade de ressarcimento por outro, caso se entender ser deste último o dever de custeio.

E a responsabilidade pelo pagamento pode ser definida posteriormente, administrativamente ou mesmo judicialmente.

A propósito, entendo que o fato de o ente público responsável pelo custeio não ter integrado o polo passivo da lide durante a fase de conhecimento da demanda de saúde não exclui a possibilidade de se exigir o ressarcimento posterior daquele.

Esta Corte já teve oportunidade de debater situação semelhante quando do exame do Tema Repetitivo n. 1.044 (REsp 1.823.402/PR), oportunidade em que foi fixada a tese de que “nas ações de acidente do trabalho, os honorários periciais, adiantados pelo INSS, constituirão despesa a cargo do Estado, nos

casos em que sucumbente a parte autora, beneficiária da isenção de ônus sucumbenciais, prevista no parágrafo único do art. 129 da Lei 8.213/1991”.

Naquela ocasião, houve oposição de aclaratórios, em que foi apresentado o fundamento de que o Estado não poderia custear os honorários periciais na forma como constante da tese acima citada, justamente porque não teria integrado o polo passivo da lide.

O argumento, porém, foi rejeitado neste Tribunal Superior, com a seguinte motivação:

[...]

Inexiste, outrossim, a alegada omissão do aresto embargado, quanto à necessidade de o Estado de Santa Catarina integrar a lide acidentária, para que seja possível sua responsabilização pelo ônus dos honorários periciais contidos no título executivo. Consta do acórdão embargado – que invocou, inclusive, precedente do STJ que analisara idêntica alegação do Estado de Santa Catarina –, que “o STJ, ao enfrentar alegação idêntica, tem entendido que ‘não há violação do preceito contraditório e ampla defesa quando o Estado é chamado à responsabilidade ao pagamento dos honorários periciais, haja vista que o seu dever constitucional em garantir o amplo acesso ao judiciário abrange incumbência de conferir todas as condições necessárias à efetividade processual ao beneficiário da justiça gratuita, não podendo desta maneira exigir do perito que assumira tal ônus financeiro’ (STJ, AgRg no REsp 1.568.047/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 02/03/2016) (...) no aludido REsp 1.568.047/SC, como consta do voto do Relator, Ministro Humberto Martins, (...) nem se diga que o ente estatal não integrou o processo cognitivo cuja sentença foi desfavorável ao jurisdicionado beneficiário da gratuidade de justiça. Ocorre que, na ação em que se concede prova pericial em favor de jurisdicionado sob o pálio da gratuidade, o Estado é o titular do poder-dever em garantir a isonomia processual e a efetividade processual, não havendo ofensa à norma constitucional ou infraconstitucional, conforme se infere dos julgados: (...) Em situação análoga, esta corte afastou a violação do princípio da ampla defesa e contraditório, compreendendo que a participação do Estado está inserida no processo quando se tem a necessidade de mecanismo ínsito à estrutura estatal! *Acentuou o aresto embargado, outrossim, que “a responsabilidade do Estado ou do Distrito Federal, no caso, decorre da sucumbência da parte beneficiária da gratuidade da justiça – e não da sucumbência desses entes –, sendo desnecessária, assim, a sua participação direta na ação acidentária, para assegurar futura responsabilização. Aliás, assegurar a participação desses entes estatais em todas as ações em que fosse concedida a gratuidade da justiça inviabilizaria, de fato, a prestação jurisdicional, em milhares de feitos nessa situação, com flagrantes prejuízos à celeridade e à efetividade do processo, garantidas constitucionalmente, em especial em demandas movidas por hipossuficientes, como no caso”.*

[...] (Grifos acrescidos).

Entendo que raciocínio semelhante poderia ser empregado em relação aos casos em que se discutirá o futuro dever de custeio do medicamento/tratamento garantido judicialmente.

Ainda sobre a controvérsia em exame, tenho que a jurisprudência desta Corte, consolidada no REsp n. 1.203.244/SC, no sentido de inadmitir o chamamento ao processo dos demais devedores solidários em demandas de saúde contra o SUS, na forma do art. 130 do CPC/2015, deve ser mantida, exceto se houver posterior pronunciamento do STF em sentido contrário.

Primeiro porque, há muito tempo, os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento de que não é possível a utilização do instituto processual denominado de chamamento ao processo, regulamentado pelo art. 77, III, do CPC/1973 (atual art. 130 do CPC/2015), no caso de dívida solidária. O entendimento é de que tal instituto somente se aplica às obrigações solidárias de pagar quantia certa, não devendo existir interpretação extensiva tendente a abranger as obrigações de entrega de coisa certa, caso dos presentes autos.

Ilustrativamente, cito precedente do STF:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional e Processual Civil. Direito à saúde (art. 196, CF). Fornecimento de medicamentos. Solidariedade passiva entre os entes federativos. Chamamento ao processo. Deslocamento do feito para Justiça Federal. Medida protelatória. Impossibilidade. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

(RE 607.381 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 16-06-2011)

Aliás, a Suprema Corte, em julgado recente, proferido monocraticamente, reconheceu que o entendimento consolidado pelo STJ no REsp n. 1.203.244/SC não contraria o que foi decidido no Recurso Extraordinário n. 855.178-RG/SE, Tema RG n. 793. Veja-se: RE 1.392.780, relator Min. *André Mendonça*, Julgamento: 18/12/2022, Publicação: 19/12/2022.

Segundo porquanto a dispensação de medicamentos, como garantia do direito à vida e à saúde, necessita de celeridade processual, sendo incompatível a intervenção de terceiros nessas situações, não se podendo esquecer, ainda, que boa parte das ações propostas para a obtenção de medicamentos é intentada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por meio de ação civil pública.

Nesse contexto, a formação do litisconsórcio por meio do chamamento ao processo, nas ações relativas à saúde, foge por completo aos objetivos que fundamentam o referido instituto.

Se, de um lado, há o cidadão com demanda urgente ou importante de saúde e, de outro, as políticas públicas dispersas em diversos atos normativos e, muitas vezes, com trâmites que não favorecem a satisfação das necessidades apresentadas nos autos principais, deve prevalecer o interesse do hipossuficiente, que objetiva a tutela do bem maior, qual seja, a saúde/vida.

7) Consequências da modificação da competência

Por fim, como argumento de reforço/passagem, é importante destacar as consequências práticas que podem ocorrer com o deslocamento das ações judiciais propostas na Justiça estadual – relativas a medicamentos registrados na *Anvisa*, mas não contemplados nas políticas públicas – para a Justiça Federal.

O encaminhamento em massa dessas demandas para a Justiça Federal gera dificuldades na efetivação do direito fundamental à saúde, visto que o Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública do Estado não poderiam mais atuar na condição de substitutos processuais, comprometendo, assim, o acesso à Justiça das pessoas hipossuficientes que reclamem alguma demanda nessa área (saúde), pois tais entes estão menos presentes em municípios menores.

Tal circunstância exigirá do autor/paciente, já com a saúde debilitada, deslocar-se até a sede da subseção judiciária federal, com inúmeros custos e dificuldades, para obter a garantia do seu direito fundamental.

Diante do cenário descrito acima, a Justiça Federal terá em seu acervo a tramitação de processos que retratam o inevitável afastamento geográfico

entre o jurisdicionado e o foro competente, o que dificultará a realização de audiências e perícias, bem como a aquisição de informações/documentos. Tal quadro permite concluir que a instrução pelo magistrado local pode figurar como facilitador para mais rápida solução da lide, como requerem as demandas dessa natureza.

Análise do caso concreto

Extrai-se dos autos que *Jaqueline Correa de Paula* ajuizou ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Vacaria, em que pretende receber medicação não padronizada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, para o tratamento da enfermidade que lhe acomete.

O Juízo de primeiro grau, amparando-se no julgamento proferido pelo STF no RE 855.178 (Tema 793), entendeu que a União deve obrigatoriamente integrar à lide e, por conseguinte, declarou a incompetência da Justiça estadual para processar e julgar a causa e determinou a remessa dos autos ao Juízo Federal.

O magistrado federal, por sua vez, entendeu que a responsabilidade entre os entes federativos em matéria de saúde pública é solidária e que, tratando-se de litisconsórcio passivo facultativo, cabe ao demandante escolher contra qual dos entes federados deseja litigar, suscitando, enfim, o presente conflito.

Conforme dito anteriormente, a jurisprudência das Cortes Superiores é pacífica no sentido de que as ações relativas à assistência à saúde pelo SUS – fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico – podem ser propostas em desfavor de qualquer dos entes da Federação Brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), individualmente ou em conjunto, visto que a solidariedade obrigacional entre os entes federados não enseja a formação litisconsorcial passiva necessária.

Ademais, compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas (Súmula 150 do STJ), não cabendo à Justiça estadual reexaminar a decisão, manifestando-se contrariamente (Súmula 254 do STJ).

Outrossim, compete ao autor eleger contra quem pretende demandar, assumindo inclusive os riscos inerentes a essa opção.

No caso, a parte autora escolheu litigar contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Vacaria. Contudo, o juiz estadual determinou a remessa

dos autos à Justiça Federal, por entender que a União deve figurar no polo passivo da demanda, sem que haja nenhuma situação de fato ou de direito que imponha a formação de litisconsórcio passivo necessário.

Considerando que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral (Tema 793) não modificou as regras de competência previstas no art. 109, I, da Constituição Federal e nas Súmulas 150, 224 e 254 do Superior Tribunal de Justiça, tampouco as relativas à formação do litisconsórcio, a ação em comento deve ser processada e julgada na Justiça estadual.

Delimitação da tese jurídica para fins dos arts. 947 do Código de Processo Civil/2015 e 271-B do RISTJ

a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na *Anvisa*, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeu demandar.

b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade *ad causam*, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal.

c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ).

Diante do exposto, *conheço* do presente conflito para *declarar competente* para o julgamento da causa o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível Adjunto da Comarca de Vacaria/RS.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N.
1.695.521-RS (2017/0218898-4)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Embargante: Município de Igrejinha

Advogados: Vladimir Volkart e outro(s) - RS024675

Joao Paulo Gomes Almeida e outro(s) - DF037155

Alexander Andrade Leite - DF029136

Marcelo Montalvao Machado - DF034391

Ricardo César Mandarino Barreto - DF034716

Orlando Magalhães Maia Neto - DF046096

Rafael Taraszkiewicz Wowk - DF042657

Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto - DF040040

Embargado: Município de Tres Coroas

Advogados: Decio Antonio Erpen e outro(s) - RS049151

Neri Perin - RS025883

Monica Henrique Cardoso - RS059276

Luzia da Silva Michael - RS064993

Roberto de Moraes Fabbrin - RS071516

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Acórdão embargado que não analisou o mérito da controvérsia. Art. 1.043, III, do CPC/2015. Considerações feitas no voto-vista não adotadas na solução do caso concreto. Ausência de carga decisória a ensejar a divergência jurisprudencial. Súmula 315/STJ.

1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Nos termos do artigo 1.043 do CPC/2015, os embargos de divergência têm por objetivo uniformizar a jurisprudência do Tribunal ante a adoção de teses conflitantes pelos seus órgãos fracionários nas seguintes hipóteses: (a) sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito (inciso I); ou (b) sendo um acórdão de mérito e outro que não

tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia (inciso III).

3. No caso dos autos, o voto condutor do acórdão embargado não apreciou o mérito do recurso especial em razão de óbices processuais (súmulas 211/STJ e 283/STF), tendo se limitado a fazer simples referências às razões do Tribunal local sem qualquer juízo de valor quanto à sua procedência, enquanto o voto-vista, apesar de aventar, em *obiter dictum*, a possibilidade de tese distinta daquela adotada no acórdão *a quo*, se alinhou integralmente ao voto condutor no sentido do não conhecimento do recurso especial.

4. Não tendo o órgão fracionário debatido e tampouco firmado entendimento acerca do mérito do recurso especial, a jurisprudência desta Corte Superior não admite a interposição de embargos de divergência, a teor do que dispõe a Súmula n. 315 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, não conhecer dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 24 de maio de 2023 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 1º.6.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de embargos de divergência interpostos pelo *Município de Igrejinha* contra acórdão proferido pela Segunda Turma, assim ementado (fl. 1.054-1.055):

Processo Civil e Financeiro. Recurso especial do Município de Igrejinha. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Repartição de receitas tributárias entre municípios. Falta de prequestionamento. Óbice da Súmula 211/STJ. Princípio da proporção territorial. Fundamentos do acórdão recorrido não impugnados nas razões do recurso especial. Incidência da Súmula 283/STJ. Dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude fática. Recurso especial não conhecido.

1. A controvérsia dos autos é relativa à repartição de receitas tributárias entre dois municípios, especificamente em relação à distribuição dos valores recolhidos a título de ICMS, IPI, IR e IPI (FPM), e ISS, decorrentes do exercício da atividade empresarial de uma cervejaria que se situa entre os municípios.

2. Os preceitos legais tidos por violados nas razões recursais não foram tratados no acórdão recorrido, estando desatendido o requisito do prequestionamento. Incidência do óbice da Súmula 211/STJ.

3. A Corte *a quo* dirimiu a controvérsia com fundamento no art. 966 do Código Civil e aplicou o princípio da proporção territorial a todos os impostos partilhados, sob o entendimento de ser a melhor justiça. Tais fundamentos do acórdão recorrido, os quais são suficientes para mantê-lo, não foram impugnados no arrazoadado do recurso especial, o que atrai a incidência da Súmula 283/STF.

4. Os acórdãos confrontados não possuem similitude fática para configurar a divergência jurisprudencial, nos termos dos arts. 1.029, § 1º, do CPC, e 255, § 1º, do RISTJ, uma vez que o acórdão recorrido afirmou que, no caso dos autos, trata-se de um complexo industrial, onde todos os elementos são importantes e necessários ao exercício da atividade industrial, enquanto nos acórdãos paradigmáticos, tal situação fática não restou configurada.

5. Recurso especial do Município de Igrejinha não conhecido.

Embargos de declaração rejeitados.

O embargante afirma que há evidente divergência entre o posicionamento do acórdão recorrido e entendimentos da Primeira Turma (REsp 1.439.753/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 06.11.2014 e REsp 401.998/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 24.03.2003) e da Segunda Turma (REsp 811.712/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 12.06.2009 e REsp 1.191.693/MS, Rel. Ministro Humberto Martins DJe 19.04.2013), estes últimos sob composição que contava com três Ministros que não mais compõem o colegiado.

No caso, o terreno da empresa pagadora dos tributos repartidos “está 84,76% localizado no Município de Três Coroas (apenas área verde desocupada e lagoa de aeração) e a indústria propriamente (15,24% do terreno, mas parte do prédio da fábrica e onde ocorre a saída de mercadorias) está localizada no Município de Igrejinha” (ora embargante).

Alega o embargante que, enquanto o acórdão recorrido entendeu possível “eleger um critério de ‘ocupação territorial proporcional’ e ratear o fato gerador em percentual de acordo com o tamanho do terreno da indústria” (fl. 1.208), os acórdão paradigmas dele divergem pois: i) o REsp 1.439.753 entendeu o ISS é devido ao município em que estabelecida a relação jurídico-tributária, ainda que parte do serviço seja realizada em unidade de município distinto do prestador, e incide sobre a totalidade do preço do serviço pago, não havendo falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato imponible; ii) o REsp 401.998/MG entendeu que, por mais que se utilize a água de município diverso daquele em que está o estabelecimento onde ocorre a operação tributária, o fato gerador do ICMS é a saída do estabelecimento produtor de energia elétrica; iii) o REsp 1.191.693/MS, que envolvia, também, disputa entre municípios onde há a Usina Hidrelétrica e o município onde há a produção de energia e ocorre o consumo, foi decidido de maneira a estabelecer que o critério para definir a incidência do ICMS é unicamente espacial – o consumo de energia gerada e transmitida; iv) o REsp 811.712/SP definiu que, em complemento ao critério da produção e da distribuição para efeitos de fato gerador de ICMS, poderia ser considerado também o critério do efetivo consumo, aplicável ao presente caso em que a produção, distribuição e efetivo consumo (venda das bebidas) ocorrem no Município de Igrejinha (embargante).

Cita trechos dos votos condutor (Min. Mauro Campbell) e vista (Min. Herman Benjamin), bem como dos acórdãos paradigmas, que evidenciariam a divergência.

Os embargos de divergência não foram conhecidos pela Presidência deste Tribunal, por não ter sido conhecido o recurso especial (Súmula 315/STJ).

O embargante apresentou agravo interno, apontando que apesar de não julgado o mérito do recurso especial, “houve inequívoca apreciação da questão de mérito quanto ao critério espacial do fato gerador tributário. Situação hábil a autorizar a averiguação de divergência relevante com os precedentes do STJ sobre a matéria nos termos do art. 1.043, III, do CPC” (fl. 1.320).

Decisão de fls. 1.365-1.367 exercendo juízo de retratação e tornando sem efeito a decisão que inadmitiu os embargos de divergência. Às fls. 1.380-1.381 foi determinado o processamento dos embargos, com manifestação do embargado às fls. 1.386-1.403 e do Ministério Público às fls. 1.405-1.414, pelo não conhecimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): De início, cumpre destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, mesmo depois de ter deferido o processamento dos embargos de divergência, pode o relator, até monocraticamente, não conhecer do recurso, visto que a decisão que defere o processamento dos embargos de divergência o faz com base em um juízo sumário dos requisitos de admissibilidade, o que não impede o relator de, posteriormente e em sede de cognição exauriente, rever seu entendimento anterior.

Nesse sentido, confira-se:

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Decisão agravada que admite o processamento dos embargos de divergência. Não cabimento de agravo interno.

1. “Segundo jurisprudência desta Corte, ‘não cabe Agravo Regimental contra a decisão que determina o processamento para discussão de Embargos de Divergência. A exemplo do que ocorre com a decisão que, provendo Agravo, ordena a subida do Recurso Especial, os requisitos de admissibilidade serão reavaliados pelo órgão competente para o julgamento do recurso’ (STJ, AgRg nos EREsp 1.193.789/SP, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Rel. p/ acórdão Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Segunda Seção, DJe de 04/03/2015). A Corte Especial do STJ já decidiu que, mesmo depois de ter deferido o processamento dos Embargos de Divergência, pode o Relator vir a negar-lhe conhecimento ou provimento monocraticamente, na medida em que a decisão que defere o processamento dos Embargos de Divergência o faz com base em um juízo sumário dos requisitos de admissibilidade, o que não impede o Relator de, posteriormente e em sede de cognição exauriente, rever seu entendimento anterior. Nesse sentido: STJ, AgRg no EREsp 1.068.449/RJ, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Corte Especial, DJe de 01/02/2013. Afigura-se, assim, irrecorrível a decisão que admite o processamento dos Embargos de Divergência” (AgInt nos EREsp 1.520.211/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 4/12/2017).

2. Agravo interno não conhecido. (AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.472.283/AL, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 3/12/2019, DJe de 9/12/2019.)

Dito isto, tenho que o recurso em apreço não deve ser conhecido.

Os embargos de divergência têm por escopo uniformizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em razão da adoção de teses conflitantes pelos seus órgãos fracionários, cabendo ao embargante a comprovação do dissídio

pretoriano, com a demonstração da identidade fática entre os casos confrontados e a adoção de soluções jurídicas díspares, nos moldes estabelecidos no art. 266 combinado com o art. 255, § 1º, do RISTJ.

Conforme aponta o acórdão da Segunda Turma, ora embargado, discute-se nos autos “o critério legal de repartição das receitas tributárias aos Municípios de Igrejinha e Três Coroas, especificamente em relação à distribuição dos valores recolhidos a título de ICMS, IPI, IR e IPI (FPM), e ISS, decorrentes do exercício da atividade empresarial pela Schincariol, tendo em vista que está situada entre os dois municípios”.

O recurso especial, todavia, *não foi conhecido*, por incidência da Súmula 211/STJ, no que toca às alegadas violações do art. 3º, §§ 1º e 2º, e arts. 3º, 4º e 7º da Lei Complementar n. 63/90; art. 2º, I, da Lei Complementar n. 87/96; art. 91 do CTN, da Lei Complementar n. 62/89; e art. 3º da Lei Complementar n. 116/2003. O eminente relator considerou, também, que não foi impugnado o fundamento do acórdão local segundo o qual o princípio da proporção territorial, aplicado em relação ao IPTU, se estende aos impostos partilhados, sob o entendimento de ser a melhor justiça, fazendo incidir também a Súmula 283/STF. Considerou-se, ainda, a ausência de similitude fática para fins de conhecimento do recurso pela alínea “c” do permissivo constitucional.

Na decisão de fls. 1.365-1.367, em análise preliminar, considerei que o voto-vista lançado no acórdão proferido pela Segunda Turma adentrou sobre considerações de mérito sobre a questão controvertida, nos termos da hipótese encartada no inciso III do art. 1.043 do CPC/2015, segundo o qual: “É embargável o acórdão de órgão fracionário que [...] em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia”.

Em sede de cognição exauriente, todavia, verifico que de fato o recurso não pode ser conhecido, haja vista que a manifestação a respeito do mérito da controvérsia se deu em caráter de *obiter dictum*, *restando prejudicada a efetiva análise, pelo colegiado embargado, da controvérsia levantada*, como fica claro do teor do voto-vista apresentado na ocasião (fl. 1.073):

Sucedo que o princípio da proporção territorial tem um ponto de partida: proporção territorial a partir do quê? Não do imóvel em si, da totalidade. Sou inclinado a me posicionar no sentido de que não pode ser da totalidade do imóvel em si. Há de se levar em conta algo que os dois ilustres advogados mencionaram

da tribuna, que é o complexo industrial. Tem toda a razão o recorrido (Município de Três Coroas) quando diz que está sendo sacrificado, porque recebe apenas os resíduos, os efluentes. Aliás, perde a água pura, que é utilizada na fabricação da cerveja, e depois recebe os resíduos.

Creio que, no essencial, o Tribunal acerta quando opta por critério de justiça material, em vez de critério de justiça formal. Aliás, é uma impropriedade falar em justiça formal, ou seja, no domicílio tributário adotado.

Talvez tenha havido exagero em entregar 84%, quase 85%, ao Município de Três Coroas e deixar o Município de Igrejinha, onde está a planta principal, apenas com 15,24%, com base na totalidade do terreno, e não no espaço, na territorialidade – digamos assim – do complexo produtivo.

Quer me parecer que a adoção do parâmetro “área do imóvel” vale apenas para o IPTU, e não se refere à partilha dos demais tributos. Quanto a estes, penso que o mais justo é considerar a área do complexo produtivo, o que inclui locais de disposição de resíduos e abastecimento de água, atrelados à planta principal da empresa.

Mas, para isso, torno a dizer, seria necessário ultrapassar o juízo de admissibilidade, o que efetivamente não é possível no presente caso.

Como se observa, apesar de ter aventado tese distinta daquela adotada no acórdão do Tribunal local, *o voto-vista se alinhou integralmente ao voto do relator no sentido de que a apreciação efetiva da controvérsia restou impossibilitada* pela incidência dos óbices processuais das Súmulas 211/STJ e 283/STF.

Nessa hipótese, não se encontra satisfeita a condição para o conhecimento dos embargos de divergência prevista no art. 1.043, III, do CPC/2015.

A propósito, veja-se a jurisprudência consolidada desta Corte:

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno. Coisa julgada. Reexame de conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Recurso que não analisou o mérito. Incidência do Enunciado Sumular 315/STJ. *Obiter dictum*. Precedentes do STJ.

1. Cuida-se de Agravo Interno contra *decisum* da Presidência do STJ que indeferiu os Embargos de Divergência. Na origem, trata-se de Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial interpostos de julgamento da Primeira Turma do STJ.

2. Conquanto o ora agravante afirme que os acórdãos embargados analisaram a controvérsia posta pelas partes, percebe-se que as referidas decisões limitaram-se ao exame da similitude fático-jurídica entre o julgado recorrido e o paradigma julgado sob o rito do art. 543-C do CPC-1973, o qual resultou a aplicação do enunciado sumular 7 do STJ ao fundamento de que “admitir ofensa à coisa

julgada pela determinação de nova perícia, sob o argumento de que inexistia fato superveniente à sentença que possa ser novamente reexaminado por nova prova técnica judicial reclama o reexame do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada na via do apelo extremo, nos termos da Súmula 7 do STJ” (fl. 898).

3. Assim, não analisada a matéria de fundo, seja na decisão monocrática que conheceu o Agravo em Recurso Especial para negar provimento ao Recurso Especial (fls. 807-813), seja no acórdão que desproveu o Agravo Interno (fls. 891-900), seja no acórdão que rejeitou os Embargos Declaratórios (fls. 934-937), de rigor a aplicação do enunciado sumular 315 do STJ: “não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”.

4. *Argumentos em obiter dictum não se prestam a caracterizar divergência jurisprudencial, tanto mais se o acórdão impugnado não conheceu do recurso.* Citam-se precedentes: AgInt nos EDcl nos EDv nos EAREsp 1.624.686/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 21.9.2021; AgInt nos REsp 1.264.848/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Corte Especial, DJe em 26.11.2019; AgInt nos EREsp 1.250.171/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 21.11.2018; EREsp 1.831.415/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. para acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 2.8.2022; AgInt nos EAREsp 789.219/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 25.6.2019; AgInt nos EAREsp 1.299.959/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 7.12.2022.

5. Agravo Interno não provido. (AgInt nos EAREsp n. 1.790.832/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.)

Processual Civil. Agravo interno. Dano material. Coisa julgada. Extinção da ação. Apreciação de todas as questões relevantes da lide pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 7/STJ. Reexame de cláusulas e de conteúdo fático-probatório. Súmula 5/STJ. Recurso que não analisou o mérito. *Obiter dictum*. Imprestabilidade para demonstrar a divergência. Precedentes do STJ.

1. Cuida-se de Agravo Interno contra decisum da Presidência do STJ que indeferiu os Embargos de Divergência. Na origem, trata-se de Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial de julgamento turmário do STJ.

2. Mediante análise dos autos, verifica-se que o acórdão embargado concluiu pela impossibilidade de se analisar o mérito do Recurso Especial, já que a pretensão da agravante demandaria a reanálise de cláusulas contratuais e de provas, o que é vedado pelas Súmulas 5 e 7/STJ. Tal situação impede, por si só, o conhecimento desta via de impugnação, porquanto inadmissível interposição de Embargos de Divergência na hipótese de não ter sido apreciado o mérito do Recurso Especial, atraindo, por analogia, o teor da Súmula 315/STJ: “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”. Precedentes.

3. *Argumentos em obiter dictum, utilizados como mero reforço argumentativo, não se prestam a caracterizar divergência jurisprudencial, tanto mais se o acórdão impugnado não conheceu do recurso. Precedentes.*

4. Agravo Interno não provido. (AglInt nos EAREsp n. 1.299.959/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 7/12/2022, DJe de 20/12/2022.)

Processual Civil e Tributário. E renda sobre ganho de capital na alienação de participação acionária. Acórdão embargado que não conheceu, no ponto, do recurso especial, em razão da incidência da Súmula 7/STJ. Inadmissibilidade dos embargos de divergência. Insuficiência da menção à jurisprudência do STJ, quando invocada de passagem (*obiter dictum*), a título meramente informativo, sem carga decisória para justificar a solução do caso concreto. Ausência de similitude entre os arestos confrontados.

1. Trata-se de Embargos de Divergência contra acórdão da Primeira Turma do STJ que, após rejeitar a tese de violação do art. 1.022 do CPC, não conheceu do Recurso Especial pelos seguintes fundamentos:

a) arts. 109 e 110 do CTN: “os argumentos da Recorrente são inidôneos a infirmar o fundamento adotado pela Corte de origem, porquanto ausente comando suficiente em tais dispositivos para alterar a mencionada conclusão” - Súmula 284/STF (fl. 414, e-STJ); e b) art. 6º da LINDB: “observo que a insurgência carece de prequestionamento, uma vez que não foi analisado pelo tribunal de origem” (Súmula 282/STF).

2. Especificamente no que se refere ao tema da isenção de Imposto de Renda nas alienações das cotas representativas de participação societária, não se conheceu do Recurso Especial em razão da Súmula 7/STJ. *Primeiro fundamento para inadmissão dos embargos de divergência: menção genérica, com caráter informativo (obiter dictum), sobre a jurisprudência do STJ a respeito da questão de fundo, sem utilização para solução do caso concreto. Incapacidade para justificar o conhecimento dos embargos de divergência*

3. No que diz respeito à questão de fundo, o acórdão embargado não conheceu do Recurso Especial, por entender incidente o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Confira-se a seguinte transcrição de parte do acórdão do Tribunal Regional Federal da Segunda Região (fl. 471, e-STJ): “Embora a petição inicial afirme que o impetrante adquiriu 94.139 ações no período de 26/02/1976 a 28/04/1983, da documentação que instrui a inicial é possível observar que o impetrante comprova aquisição mais remota de ações em 26/02/1976 e mais recente em 23/03/1996 (fls. 22/23). E, no documento de fls. 23, vê-se que a referência à 94.139 ações consta anotado com referência a aquisição realizada em 22/05/1986, e outras aquisições ocorreram nos anos 1984 e 1985. Portanto, embora o impetrante comprove aquisição de ações e propriedade das mesmas pelo período de 5 anos que antecedeu ao advento da Lei 7.713/88, e que, portanto, tais aquisições

estariam isentas de tributação quando de sua alienação, por outro lado, não comprova que tal isenção deve recair sobre 94.139. A prova demonstra outro quadro fático”.

5. A partir do momento em que o Tribunal Regional Federal da Segunda Região expressamente indicou que a prova dos autos demonstrava que a aquisição de ações (repita-se: ações, não especificando se originárias ou bonificações) se deu entre 1984 e 1986, concluiu que estava afastada a possibilidade de reconhecimento da isenção tributária, pois ao tempo da revogação do Decreto 1.510/1976, pela Lei 7.713/1988, não seria possível preencher o requisito da titularidade pelo prazo de cinco anos. Reitera-se que o Tribunal *a quo* expressamente consignou que “a prova demonstra quadro fático” diverso do sustentado pelos autores da demanda.

6. Justamente com base nisso é que a Primeira Turma do STJ categoricamente asseverou que a revisão desse entendimento (isto é, de que a prova dos autos evidencia que as ações foram adquiridas entre 1984 e 1986) é obstada pela incidência da Súmula 7/STJ (fl. 484, e-STJ): “Rever o entendimento do tribunal de origem, com o objetivo de acolher a pretensão recursal acerca do direito ao benefício fiscal pleiteado, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte, assim enunciada: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.’”

7. A menção, lançada no acórdão embargado, de que “(...) esta Corte adota o entendimento segundo o qual a isenção de Imposto sobre a Renda concedida pelo art. 4º, d, do Decreto-Lei n. 1.510/76, pode ser aplicada às alienações ocorridas após a sua revogação pelo art. 58 da Lei n. 7.713/88, desde que já implementada a condição da isenção antes da revogação, não sendo, ainda, transmissível ao sucessor do titular anterior o direito ao benefício”, foi feita em caráter genérico e meramente explicativo, em *obiter dictum*, não comprometendo o fundamento adotado para a solução do Recurso Especial, que, repita-se, no ponto, não conheceu do apelo nobre em razão da incidência da Súmula 7/STJ.

8. *Conforme jurisprudência da Corte Especial do STJ, “o fundamento de mérito contido no acórdão embargado, mas proferido em obiter dictum, não caracteriza divergência jurisprudencial, para o fim de autorizar a interposição de embargos de divergência” (AgInt nos EREsp 1.264.848/RS, Rel. Min. Raul Araujo, DJe 12.11.2019).*

9. Dessa forma, seja porque o corte isolado de informação que não corresponde ao efetivo conteúdo do julgamento não possui aptidão para ensejar o conhecimento dos Embargos de Divergência, seja porque, conforme acima demonstrado, o verdadeiro e único fundamento adotado diz respeito à incidência da Súmula 7/STJ, regra técnica de admissibilidade, tem-se que não se deve conhecer dos Embargos de Divergência. *Segundo fundamento para inadmissão dos embargos de divergência: ausência de similitude*

10. Não bastasse o acima exposto, é inaférvel, a partir do conteúdo do acórdão embargado, a existência de similitude com os arestos indicados como paradigmas.

11. Com efeito, nos arestos paradigmas foi analisada a específica situação consistente na preservação do direito à isenção em relação às bonificações das ações, quando identificado que elas foram emitidas antes da revogação do Decreto 1.510/1976, mas eram oriundas de ações originalmente adquiridas e beneficiadas pela isenção tributária.

12. Impossível atestar a similitude fática e jurídica entre os arestos confrontados porque esse ponto (a dizer, a natureza das ações adquiridas entre 1984 e 1986) não foi objeto de análise no acórdão embargado. Pelo contrário, o acórdão embargado limita-se a adotar a premissa do Tribunal de origem, isto é, de que no período de 1984 a 1986 provou-se apenas a aquisição de ações.

13. A empresa opôs Embargos de Declaração, no STJ, para apontar omissão, no julgamento do Recurso Especial, a respeito da natureza jurídica das 94.139 ações adquiridas entre 1984 e 1986, que alegadamente seriam bonificações oriundas de ações que estariam favorecidas pelo benefício da isenção. Entretanto, a Primeira Turma rejeitou os Aclaratórios, o que, particularmente, entende-se correto, já que a análise da natureza jurídica dos referidos títulos cambiais demanda análise da prova dos autos. Observa-se, apenas como reforço de argumentação, que mesmo o acórdão do Tribunal de origem não fez análise a respeito da natureza dessas 94.139 ações adquiridas entre 1984 e 1986.

14. Assim, tecnicamente, não está configurado dissídio jurisprudencial a respeito do tema da bonificação das ações, bem como ao regime tributário aplicável às ações das quais, supostamente, aquelas 94.139 adquiridas entre 1984 e 1986 seriam oriundas.

15. Embargos de Divergência não conhecidos. (REsp n. 1.831.415/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 2/8/2022.)

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Acórdão embargado que não apreciou a controvérsia de mérito. Não cabimento. Súmula 315/STJ.

1. Não cabem embargos de divergência quando o acórdão embargado ou o paradigma sequer adentra no mérito do recurso especial, interpretando os pressupostos de admissibilidade dessa espécie recursal. Aplicação analógica da Súmula 315/STJ.

2. *“O fundamento de mérito contido no acórdão embargado, mas proferido em obiter dictum, não caracteriza a divergência jurisprudencial, para o fim de autorizar a interposição de embargos de divergência”* (AgInt nos REsp 1.264.848/RS, Corte Especial, DJe 11/12/2019).

3. Agravo interno não provido. (AgInt nos EREsp n. 1.909.143/RN, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 15/2/2022, DJe de 18/2/2022.)

Tampouco se encontra satisfeita a condição para o conhecimento dos embargos de divergência, prevista no art. 1.043, III, do CPC/2015, no que se refere ao *voto condutor* do acórdão embargado, *cujos trechos apontados pelo embargante como sendo aqueles em que se teria abordado o mérito da controvérsia (fls. 1.217-1.218 dos embargos) nada mais são do que simples referências às razões do Tribunal local, sem juízo de valor quanto à sua procedência ou improcedência*, porquanto do recurso não se conheceu.

Veja-se o que diz o voto condutor na passagem mencionada pelo embargante (fls. 1.063):

Ademais, observa-se que a Corte a quo dirimiu a controvérsia com fundamento no art. 966 do Código Civil e estendeu o princípio da proporção territorial, aplicada em relação ao IPTU, aos impostos partilhados, sob o entendimento de ser a melhor justiça. Confrimam-se os seguintes fragmentos dos acórdãos, *in verbis*:

[...]

Referidos fundamentos **do acórdão recorrido**, que são suficientes para mantê-lo, *não foram impugnados* no arazoado do recurso especial, o que atrai a incidência da Súmula n. 283 do STF, de seguinte teor: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Em tal situação, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que “meras referências feitas pelo julgador ao objeto do recurso, sem o efetivo debate e formação de entendimento pelo colegiado, não caracterizam uma suposta incursão no mérito. [...] Trata-se, na verdade, de mera exposição exemplificativa, trazida como *obiter dictum*, mas que não foi usada na solução conferida ao caso. *Concretamente, apenas integra o entendimento colegiado aquilo que foi de fato aplicado ao caso concreto, ou seja, o entendimento de que o Recurso Especial não pode ser analisado em razão do óbice*” (AgInt nos EAREsp n. 1.790.832/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023).

Ainda no mesmo sentido:

Agravo interno. Embargos de divergência. Indeferimento liminar. Súmula n. 315 do STJ. Tese apontada como divergente não apreciada pelo órgão fracionário. Honorários advocatícios. Majoração devida. Agravo interno desprovido.

1. Na esteira da jurisprudência desta Corte Especial, não se admite a interposição de embargos de divergência quando não tiver sido apreciado o mérito do recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 315 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Referido enunciado se alinha ao disposto no art. 1.043, incisos I e III do CPC/2015, permanecendo hígido para as hipóteses de não conhecimento da tese indicada como divergente.

3. Na espécie, o acórdão objeto do recurso uniformizador ratificou a decisão monocrática que conheceu do recurso especial apenas quanto à alegação de ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015.

4. *Depreende-se da leitura do voto condutor do julgado que a transcrição dos excertos do acórdão local relativos à tese que os agravantes apontam como divergente se deu apenas para subsidiar a conclusão quanto à ausência dos vícios de fundamentação apontados no recurso especial.*

5. *Nesse contexto, não tendo o órgão fracionário debatido e tampouco firmado entendimento acerca do mérito do dissídio suscitado pela parte, incide, à hipótese, a Súmula n. 315 do STJ, não havendo mesmo como se conhecer dos embargos de divergência.*

[...]

7. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EDcl nos EDv nos EAREsp 1.624.686/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe. 21.9.2021)

Assim, incide ao caso em apreço a Súmula 315 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não se admitir a interposição de embargos de divergência na hipótese de não ter sido analisado o mérito do recurso especial. Neste sentido:

Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Não apreciação do mérito do apelo especial. Inteligência do Enunciado 315 da Súmula desta Corte. Multa por litigância de má-fé. Inaplicabilidade. Recurso não provido.

1. Não têm cabimento os embargos de divergência quando o acórdão embargado não julga o mérito do recurso especial. Inteligência da Súmula n. 315/STJ.

2. Não se verifica, no caso, abuso no direito de recorrer a autorizar a imposição de multa por litigância de má-fé.

3. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl nos EDv nos EREsp 1.615.774/MG, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe de 28/8/2020.)

Ante o exposto, não conheço dos embargos de divergência.

É como voto.

VOTO-VOGAL

Cuida-se de embargos de divergência opostos pelo *Município de Igrejinha* contra acórdão proferido pela Segunda Turma assim ementado:

Processo Civil e Financeiro. Recurso especial do Município de Igrejinha. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Repartição de receitas tributárias entre municípios. Falta de prequestionamento. Óbice da Súmula 211/STJ. Princípio da proporção territorial. Fundamentos do acórdão recorrido não impugnados nas razões do recurso especial. Incidência da Súmula 283/STJ. Dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude fática. Recurso especial não conhecido.

1. A controvérsia dos autos é relativa à repartição de receitas tributárias entre dois municípios, especificamente em relação à distribuição dos valores recolhidos a título de ICMS, IPI, IR e IPI (FPM), e ISS, decorrentes do exercício da atividade empresarial de uma cervejaria que se situa entre os municípios.

2. Os preceitos legais tidos por violados nas razões recursais não foram tratados no acórdão recorrido, estando desatendido o requisito do prequestionamento. Incidência do óbice da Súmula 211/STJ.

3. A Corte *a quo* dirimiu a controvérsia com fundamento no art. 966 do Código Civil e aplicou o princípio da proporção territorial a todos os impostos partilhados, sob o entendimento de ser a melhor justiça. Tais fundamentos do acórdão recorrido, os quais são suficientes para mantê-lo, não foram impugnados no arrazoado do recurso especial, o que atrai a incidência da Súmula 283/STF.

4. Os acórdãos confrontados não possuem similitude fática para configurar a divergência jurisprudencial, nos termos dos arts. 1.029, § 1º, do CPC, e 255, § 1º, do RISTJ, uma vez que o acórdão recorrido afirmou que, no caso dos autos, trata-se de um complexo industrial, onde todos os elementos são importantes e necessários ao exercício da atividade industrial, enquanto nos acórdãos paradigmas, tal situação fática não restou configurada.

5. Recurso especial do Município de Igrejinha não conhecido.

O Município de Igrejinha sustenta que há divergência entre o posicionamento do acórdão recorrido e o entendimentos da Primeira Turma (REsp n. 1.439.753/PE, relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 6/11/2014 e REsp n. 401.998/MG, relator Ministro Luiz Fux, DJ de 24/3/2003) e da Segunda Turma (REsp n. 811.712/SP, relator Ministro Castro Meira, DJ de 12/6/2009 e REsp n. 1.191.693/MS, relator Ministro Humberto Martins, DJe de 19/4/2013).

O mérito da controvérsia diz respeito ao critério de repartição de receitas tributárias entre os Municípios de Três Coroas e de Igrejinha, no Estado do

Rio Grande do Sul. O Tribunal de origem decidiu que tais verbas deveriam ser rateadas entre os municípios vizinhos, de maneira que 84,76% da receita deveria ir para o Município de Três Coroas e 15,24% para o Município de Igrejinha, posição mantida pelo STJ no acórdão ora embargado.

É, no essencial, o relatório.

Os presentes embargos de divergência não merecem conhecimento.

Como visto, o recurso especial não foi conhecido pela incidência dos verbetes sumulares n. 211/STJ e 283/STF. Dessa forma, não havendo adentrado no mérito da controvérsia, não há como conhecer do presente recurso.

Como bem salientou o Ministro relator, o voto-vista lançado no acórdão da Segunda Turma se alinhou integralmente ao voto do relator no sentido de que a apreciação efetiva da controvérsia ficou impossibilitada pela incidência dos óbices processuais das Súmulas n. 211/STJ e 283/STF.

Ademais, a jurisprudência do STJ se posiciona no sentido de que argumentos em *obiter dictum*, utilizados como mero reforço argumentativo, não se prestam a caracterizar divergência jurisprudencial, tanto mais se o acórdão impugnado não conheceu do recurso.

Não tendo o órgão fracionário debatido, tampouco firmado entendimento acerca do mérito do dissídio suscitado pela parte, incide, à hipótese, a Súmula n. 315 do STJ, não havendo mesmo como se conhecer dos embargos de divergência.

Ante o exposto, não conheço dos embargos de divergência.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.959.550-RS (2021/0290692-0)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: União

Recorrido: Sergio Soares de Los Santos

Advogado: José Luís Hartmann Filho - RS102264

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Direito Administrativo. Seguro-desemprego do trabalhador formal. Prazo máximo para requerimento. Fixação em ato normativo infralegal. Legalidade.

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 Estatuto Processual Civil de 2015.

II – A Lei n. 7.998/1990 atribuiu expressamente ao Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT a competência para regulamentar seus dispositivos, sendo ínsito a tal poder a possibilidade de complementar o diploma legal relativamente a situações procedimentais necessárias à sua adequada consecução.

III – A fixação, por ato normativo infralegal, de prazo máximo para o trabalhador formal requerer o seguro-desemprego, não extrapola os limites da outorga legislativa, sendo consentânea com a razoabilidade e a proporcionalidade considerando a necessidade de se garantir a efetividade do benefício e de se prevenir – ou dificultar – fraudes contra o programa, bem como assegurar a gestão eficiente dos recursos públicos.

IV – Acórdão submetido ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixando-se, nos termos do art. 256-Q, do RISTJ, a seguinte tese repetitiva: *É legal a fixação, em ato normativo infralegal, de prazo máximo para o trabalhador formal requerer o seguro-desemprego.*

V – Recurso especial da União provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, para denegar a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Foi aprovada a seguinte tese, no tema 1.136: “É legal a fixação, em ato normativo infralegal, de prazo máximo para o trabalhador formal requerer o seguro-desemprego.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de junho de 2023 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 20.6.2023

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de recurso especial interposto pela *União* contra acórdão prolatado pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, no julgamento de apelação e remessa necessária, assim ementado (fl. 134e):

Administrativo. Apelação. Mandado de segurança. Benefício de seguro-desemprego. Requerimento. Prazo.

1. Descabido o indeferimento do pedido de seguro-desemprego unicamente pelo motivo de que postulado fora do prazo de 120 dias previsto em resolução do CODEFAT, porque a limitação mencionada não encontra amparo legal, uma vez que a Lei 7.998/1990 não prevê prazo máximo para o requerimento do benefício em questão.

2. Apelação e remessa necessária não providas.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 160/165e).

Com amparo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, aponta-se, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao dispositivo a seguir relacionado, alegando-se, em síntese:

- Arts. 2º, 2º-C, § 2º, e 19, V, da Lei n. 7.998/1990 – “[...] a Lei n. 7.998/90, que dispõe acerca do seguro-desemprego, prevê expressamente a competência do CODEFAT para regulamentação dos procedimentos necessários ao recebimento do referido benefício. E a Resolução CODEFAT 467/2005 que estabelece o prazo de 120 dias está em consonância com os prazos estabelecidos na referida lei. [...] A prevalecer o entendimento do Tribunal *a quo*, tem-se como situação a inexistência de prazo final para o requerimento do benefício do seguro desemprego quando este tem como objetivo prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa

causa ou ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo, sendo, portanto, verba de natureza alimentícia e não de caráter reparatório ou indenizatório. Ademais, o prazo de 120 dias estabelecido na Resolução CODEFAT 467/2005 para a postulação do benefício do seguro-desemprego encontra-se condizente com a própria finalidade do instituto, bem como encontra-se em consonância com o prazo máximo disposto na própria Lei 7.998/90 (§ 2º do art. 2º-C)” (fls. 175/176e).

Sem contrarrazões (fl. 209e), o recurso foi admitido (fls. 213/214e).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela admissão do recurso como representativo da controvérsia (fls. 243/246e).

Preenchidos os pressupostos formais e materiais de admissibilidade, propus a submissão do presente recurso, juntamente com os REsps ns. 1.961.072/RS, 1.965.459/RS e 1.965.464/RS, a julgamento pela sistemática repetitiva, tendo sido acolhida a proposta pela Seção, por unanimidade, com determinação para suspender a tramitação dos REsps e AREsps em segundo grau de jurisdição e/ou no Superior Tribunal de Justiça, adotando-se, neste último caso, a providência prevista no art. 256-L do RISTJ (fls. 447/458e).

Expedidas as comunicações e intimações pertinentes (fl. 279e), deu-se nova vista ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo desprovimento do recurso e pela fixação da seguinte tese repetitiva: “o direito de requerer o seguro-desemprego da Lei 7.998/1990 não se sujeita ao prazo decadencial fixado em resolução do CODEFAT” (fls. 272/277e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): 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.

Ademais, a presença dos requisitos formais e materiais de admissibilidade foi oportunamente reconhecida quando da afetação do recurso (fl. 263e).

I. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Na origem, cuida-se de mandado de segurança no qual a parte Impetrante (trabalhador formal) busca anular o ato administrativo que indeferiu seu

pedido de concessão do seguro-desemprego, sob a justificativa de ter sido protocolado quando ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias, além de ter o interessado se reempregado posteriormente (fl. 04e).

A sentença concedeu a ordem, tendo sido mantida em grau de apelação e remessa necessária, porquanto “cabível o recebimento do seguro-desemprego, considerando que o prazo de 120 dias previsto em resolução do CODEFAT (Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador), não encontra amparo legal, uma vez que a Lei 7.998/1990 não prevê prazo máximo para o requerimento do benefício em questão” (fls. 80/86e e 138e).

A questão ora debatida, portanto, diz com (i)legalidade da fixação, por ato normativo infralegal, de prazo máximo para o trabalhador formal requerer o seguro-desemprego e apresentar a documentação necessária.

II. Moldura normativa

A Lei n. 7.998/1990, que disciplina o Programa do Seguro-Desemprego do trabalhador formal, do trabalhador resgatado e da bolsa de qualificação profissional, estabelece:

Art. 10. É instituído o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, *destinado ao custeio do Programa de Seguro-Desemprego*, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico.

[...]

Art. 18. É instituído o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo.

[...]

Art. 19. *Compete ao CODEFAT* gerir o FAT e deliberar sobre as seguintes matérias:

[...]

V - propor o aperfeiçoamento da legislação relativa ao seguro-desemprego e ao abono salarial e *regulamentar os dispositivos desta Lei no âmbito de sua competência*; (destaquei)

Já a Resolução n. 467/2005 do CODEFAT, vigente à data da afetação do presente Tema, dispunha:

Art. 13. O Requerimento do Seguro-Desemprego - RSD, e a Comunicação de Dispensa - CD devidamente preenchidas com as informações constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social, serão fornecidas pelo empregador no ato da dispensa, ao trabalhador dispensado sem justa causa.

Art. 14. Os documentos de que trata o artigo anterior deverão ser encaminhados pelo trabalhador a partir do 7º (sétimo) e até o 120º (*centésimo vigésimo*) dias subsequentes à data da sua dispensa ao Ministério do Trabalho e Emprego por intermédio dos postos credenciados das suas Delegacias, do Sistema Nacional de Emprego - SINE e Entidades Parceiras.

Parágrafo único. Nas localidades onde não existam os Órgãos citados no caput deste artigo, o Requerimento de Seguro-Desemprego - RSD poderá ser encaminhado por outra entidade autorizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego. (destaquei)

Posteriormente, tal ato normativo foi expressamente revogado pelo art. 68, XLVII, da Resolução CODEFAT n. 957, de 23.09.2022, a qual, todavia, *preservou o prazo máximo* para o requerimento do benefício pelo trabalhador formal, nos seguintes termos:

Art. 41. O seguro-desemprego poderá ser requerido a partir do sétimo até o centésimo vigésimo dia contados da data subsequente à dispensa do contrato de trabalho. (destaquei)

Visto o regramento legal que embala a controvérsia, trago, em seguida, breve abordagem doutrinária acerca dos temas correlatos.

III. Lineamentos doutrinários

Previsto desde a Constituição de 1946 (art. 157, XV), e, atualmente, no art. 7º, II, do Texto de 1988, “o seguro-desemprego é um benefício previdenciário que tem por finalidade promover a assistência financeira temporária do trabalhador desempregado em virtude de ter sido dispensado sem justa causa, inclusive a indireta”, além de se destinar “a auxiliar os trabalhadores na busca de emprego, promovendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional” (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 41ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 635).

O programa é custeado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, cujos recursos advêm do produto da arrecadação das contribuições ao PIS e ao PASEP.

São quatro as modalidades de seguro-desemprego: *i)* do *trabalhador formal* (empregado de pessoa jurídica – ou física a ela equiparado – dispensado sem

justa causa ou de forma indireta) e *ii*) do *trabalhador resgatado* do regime de trabalho forçado ou de condição análoga à escravidão, ambas disciplinadas pela Lei n. 7.998/1990; *iii*) do *trabalhador doméstico*, regido pela LC n. 150/2015; e *iv*) do *pescador artesanal*, que fará jus ao benefício durante a paralisação da pesca para a preservação das espécies (período de defeso), conforme dispõe a Lei n. 10.779/2003.

A normatização do benefício não se exaure no plano legal, considerando que a legislação apontada autoriza o exercício do poder regulamentar da Administração para edição de atos normativos *derivados*, voltados a explicitar e a complementar a lei, “visando à sua execução no plano da *praxis*”, na dicção de Miguel Reale (*apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 36ª ed. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 103).

Noutro giro, consoante se colhe dos arts. 2º-C, § 2º, 4º, 19, V e 24, a Lei n. 7.998/1990 emprega as denominadas *remissões normativas* para reger a matéria, as quais, segundo García de Enterría e Fernández, “se verificam quando uma lei reenvia a um ato normativo inferior e posterior, a ser elaborado pela Administração, a regulação de certos elementos que *complementam* a ordenação estabelecida na própria lei” (*apud* MOTTA, Fabrício. *Função Normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 189 - destaquei).

Logo, embora balizada pela lei, a normatização derivada não se resume a reprisar o conteúdo do diploma legal, de modo que “a atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativa”, porquanto “o Legislativo não dispõe de condições para formular todas as soluções” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 206).

Assim, anota Caio Tácito, “regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar” (*Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Vol I, p. 510).

Disso decorre a legitimidade da “fixação de *obrigações subsidiárias* (ou *derivadas*) – diversas das *obrigações primárias* (ou *originárias*) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida *ao administrado*” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 64 - destaques do original).

IV. Legalidade da fixação, por ato normativo infralegal, de prazo máximo para o trabalhador formal requerer o seguro-desemprego

A Lei n. 7.998/1990 atribuiu *expressamente* ao CODEFAT a competência para regulamentar seus dispositivos, sendo ínsito a tal poder, conforme anotado, a possibilidade de complementar o diploma legal relativamente a situações procedimentais necessárias à sua adequada consecução.

Com efeito, “a lei pode conferir competência ao órgão estatal para escolher quaisquer soluções de aplicação possíveis, assim entendidas aquelas que sejam compatíveis com o ordenamento jurídico” (CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 45).

Ademais, “não obstante a função regulamentar efetivamente sofra os condicionamentos normativos impostos, de modo imediato, pela lei, o Poder Executivo, ao desempenhar concretamente a sua competência regulamentar, não se reduz à condição de mero órgão de reprodução do conteúdo material do ato legislativo a que se vincula” (STF. Tribunal Pleno. ADI n. 561-8/DF MC. Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.1995, DJ 23.03.2001).

Isso considerado, a fixação, por ato normativo infralegal, de prazo máximo para o trabalhador formal requerer o seguro-desemprego, *não extrapola os limites da outorga legislativa*; antes, mostra-se razoável e proporcional, considerando a necessidade de se garantir a efetividade do benefício e de se prevenir – ou dificultar – fraudes contra o programa, bem como assegurar a gestão *eficiente* dos recursos públicos.

Deveras, a dispensa sem justa causa do trabalhador deflagra, para o empregador, a obrigação de comunicá-la oficialmente, momento a partir do qual o órgão responsável pelo controle e processamento dos requerimentos terá ciência formal da potencial solicitação – itinerário procedimental, aliás, que justifica a previsão legal de prazo *mínimo* para se efetuar o requerimento.

Logo, a prescrição de prazo máximo para se requerer a habilitação ao benefício permite à Administração otimizar o gerenciamento e a alocação dos recursos para o custeio da despesa, previsibilidade essa que ficaria prejudicada sem a definição de um limite temporal, comprometendo, em último plano, a *adequada* execução da lei.

A medida, outrossim, é claramente consentânea com a finalidade *legal* do seguro-desemprego, consistente em auxiliar os trabalhadores desempregados durante o período de transição até a recolocação profissional, inibindo

solicitações tardias, e, por isso, incompatíveis com o escopo precípua do benefício.

Ademais, tenha-se presente que a modalidade de seguro-desemprego do trabalhador formal representa, incomparavelmente, o maior volume dos requerimentos endereçados ao Ministério do Trabalho, superando, segundo dados oficiais, os nove milhões de pedidos num período de apenas dois anos (janeiro/2021 a janeiro/2023) (Disponível em <<http://pdet.mte.gov.br/component/content/article?id=1778>> Acesso em 31.05.2023).

Assim, também por tal viés, forçoso concluir que o estabelecimento de termo final em sede infralegal confere maior flexibilidade e capacidade de adaptação do sistema de seguro-desemprego às demandas e mudanças do contexto socioeconômico, na medida em que torna possível, eventualmente, ajustar o prazo conforme as necessidades e a realidade do mercado de trabalho, equilibrando, dessa forma, a proteção ao trabalhador formal desempregado e a sustentabilidade do sistema.

Anote-se que o transcurso do prazo fixado sem a manifestação do potencial beneficiário não extingue o direito ao benefício, que poderá ser novamente requerido quando implementadas as condições para um novo período aquisitivo (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.998/1990).

Na seara tributária, por sinal, não contraria a legalidade a fixação, via poder regulamentar, de prazos para entrega de declarações e interposição de recursos administrativos, nem para o pagamento de tributos, consoante assentado, há muito, pelo Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno. RE n. 172.394/SP, Relator p/ acórdão Min. Ilmar Galvão, j. 21.06.1995, DJ 15.09.1995).

Nesse cenário, portanto, tais elementos corroboram a conclusão segundo a qual a fixação de termo final para o trabalhador formal requerer o seguro-desemprego é medida de atuação *secundum legem* do poder regulamentar, voltada a conferir concretude à lei a que se subordina, não caracterizando, por conseguinte, ofensa à legalidade.

V. Panorama jurisprudencial

Consigne-se, de início, que o Supremo Tribunal Federal, previsivelmente, tem atribuído à presente controvérsia natureza infraconstitucional (cf. ARE n. 1.386.302/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 04.08.2022).

Já no âmbito deste Superior Tribunal, a matéria foi julgada colegiadamente, de forma inaugural, em 2005, quando a 2ª Turma assentou a *legalidade* da

fixação de prazo para requerimento do seguro-desemprego em sede infralegal (2ª T., REsp n. 653.134/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 02.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 284).

Isso porque, consigna o voto condutor do apontado precedente, o ato normativo então examinado (Resolução n. 64/1994) – análogo ao ora enfocado – “teve em mira suprir uma situação não prevista na lei, porém dentro dos limites autorizados pela própria legislação”, de modo que “nada mais fez do que seguir os ditames autorizados pela Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990”.

Anos depois a matéria voltou, a partir de 2019, a ser novamente julgada de forma colegiada pelas Turmas de Direito Público, as quais têm entendido *uniformente* como outrora, *reafirmando* que a previsão infralegal *não* desborda a lei que regulamenta, como o demonstram os seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso especial. Ofensa ao art. 1.022 do CPC não configurada. Seguro-desemprego. Prazo de até 120 dias para requerer. Fixação por meio de resolução. Legalidade.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra o Superintendente Regional do Trabalho e Emprego de Curitiba, objetivando o reconhecimento de seu direito à percepção do Seguro-desemprego na forma da Lei 7.998/1990.

[...]

3. O Tribunal *a quo* negou provimento à Apelação da ora recorrente, e assim consignou na sua decisão: “não havendo previsão legal de prazo para o requerimento do benefício de seguro-desemprego, a Resolução n. 467/2005 - CODEFAT, em seu art. 14, ao estipular o prazo de 120 dias inovou no ordenamento jurídico, o que se mostra permitido apenas à lei, transbordando o seu poder regulamentar, ainda mais em se tratando de um direito previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 7º, II)” (fl. 161, e-STJ).

4. O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual não ferem o princípio da legalidade as disposições presentes na citada Resolução Codefat, que disciplina o prazo de 120 dias, a partir da rescisão do contrato de trabalho, para requerer o seguro-desemprego.

5. Recurso Especial provido para reconhecer a legalidade da Resolução.

(REsp n. 1.810.536/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/09/2019, DJe de 11/10/2019 - destaqueei)

Administrativo. Seguro-desemprego. Prazo para requerer. Fixação. Resolução. Legalidade.

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 3).

2. *O Superior Tribunal de Justiça entende que não configura ofensa ao princípio da legalidade o estabelecimento de prazo de 120 dias, por meio de resolução, para requerer o benefício do seguro-desemprego, contados a partir do encerramento do contrato de trabalho. Precedentes.*

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n. 1.843.852/SC, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 18/05/2020, DJe de 22/05/2020 - destaquei)

Processual Civil. Administrativo. Ordenamento social. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Seguro-desemprego. Prazo de até 120 dias para requerer. Fixação por meio de resolução. Legalidade. Recurso especial provido. 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 - *No caso, verifico que o acórdão recorrido contrariou entendimento desta Corte, segundo o qual não ferem o princípio da legalidade as disposições presentes em resolução, que disciplina o prazo de 120 dias, a partir da rescisão do contrato de trabalho, para requerer o seguro-desemprego.*

III - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

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 improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.927.651/CE, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 16/08/2021, DJe de 18/08/2021 - destaquei)

Na mesma linha, os seguintes acórdãos: 2ª T., AgInt no REsp n. 1.863.526/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08.06.2020, DJe 16.06.2020; 1ª T., AgInt no REsp n. 1.871.999/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 29.03.2021, DJe 06.04.2021; 2ª T., REsp n. 1.929.130/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 18.05.2021, DJe 24.05.2021; 2ª T., REsp n. 1.939.418/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 14.09.2021, DJe 20.09.2021.

Anotem-se, ainda, as decisões monocráticas: REsp n. 1.973.274/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 24.02.2022; REsp n. 1.968.645/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 03.02.2022; REsp n. 1.968.633/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 13.12.2021; REsp n. 1.790.206/CE, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 02.10.2019.

VI. Proposição da tese a ser firmada e afastamento da modulação de efeitos

Diante do exposto, propõe-se a fixação da seguinte tese para efeito dos arts. 1.036 do CPC/2015 e 256-Q do RISTJ: *É legal a fixação, em ato normativo infralegal, de prazo máximo para o trabalhador formal requerer o seguro-desemprego.*

Ausentes os requisitos do art. 927, § 3º, do CPC/2015, mostra-se desnecessária a modulação dos efeitos do presente julgamento.

VII. Solução do caso concreto (recurso especial da União)

Na espécie, primeiro e segundo graus de jurisdição concederam a segurança por entenderem ilegal a instituição, por ato infralegal, de prazo final para o trabalhador formal requerer o benefício securitário (fls. 80/86e e 134/139e).

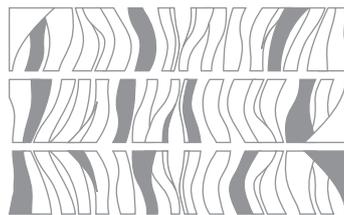
Assim, diante da tese proposta e nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ, impõe-se a *reforma* do acórdão recorrido.

Posto isso, ***dou provimento*** ao recurso especial para denegar a segurança.

Sem condenação em honorários advocatícios, na forma do art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e enunciado sumular n. 105/STJ.

Publicado o acórdão, determino a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, aos Ministros da Primeira Seção, bem como aos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e à Turma Nacional de Uniformização.

É o voto.



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.784.065-GO (2020/0288331-7)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Agravante: Sotelgo Construcoes Eletrica e Civil Ltda

Advogados: Élcio Berquó Curado Brom - GO012000

Luciana Christina Guimarães Lóssio - DF015410

Diego Rangel Araujo - DF056315

Isabela Gomes Schmaltz - GO031917

Agravado: CELG Distribuicao S.A. - CELG D

Advogados: Gustavo de Freitas Teixeira Álvares - GO016689

Alexandre Alencastro Veiga Hsiung - GO020045

Anna Vitória Gomes Caiado - GO021047

Leonardo Oliveira Rocha - GO022140

Belkiss Barrozo Rodrigues de Queiroz e Ataídes - GO066157

EMENTA

Processual Civil. Agravo em recurso especial. Ação de cobrança contra sociedade de economia mistas prestadora do serviço público de energia elétrica. Violação do art. 1.022, II, do CPC/2015. Não ocorrência. Prazo prescricional quinquenal. Incidência do Decreto-Lei 20.910/32. Precedentes desta Corte. Prescrição afastada. Retorno dos autos a origem para prosseguimento da ação.

1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Não há falar em violação do artigo 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

3. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a prescrição quinquenal do Decreto-Lei 20.910/1932 incide sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos essenciais, não dedicadas à

exploração de atividade econômica com finalidade lucrativa e natureza concorrencial, como é o caso dos autos (CELG Distribuição S.A.), porquanto fazem as vezes do ente político ao qual se vinculam. Precedentes: AgInt no REsp n. 1.952.632/PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 26/4/2023; REsp n. 1.635.716/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 11/10/2022; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.879.549/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 26/4/2023; AgInt no AREsp n. 2.039.357/DF, Rel. Min. Manoel Erhardt (Des. Convocado do TRF5), Primeira Turma, DJe de 17/8/2022; AgInt no REsp n. 1.980.791/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/6/2022; AgInt no AREsp n. 1.683.657/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19/11/2020; AgInt nos EDcl no AREsp n. 204.848/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 25/6/2020.

4. Diante disso, considerando os marcos temporais definidos na origem (termo inicial em 4.5.2011 e ajuizamento da ação 23.02.2016), constata-se que o alegado direito da autora não se encontra alcançado pelo instituto da prescrição, devendo os autos retornarem à origem para o julgamento regular da demanda.

5. Agravo conhecido, para dar provimento ao recurso especial.

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, conhecer do agravo para 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 Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de junho de 2023 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 19.6.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de agravo interposto por Sotelgo Construções Elétricas e Civil Ltda. contra decisão da Corte de origem, que não admitiu o recurso especial em razão da incidência das Súmulas 284 do STF e 7 do STJ.

O apelo nobre obstado enfrenta acórdão, assim ementado (fls. 1.282-1.283):

Apelação cível. Recurso adesivo. Ação ordinária de cobrança. Ressarcimento por danos materiais. Sociedade de economia mista. Prescrição. Código Civil. Termo inicial. Honorários recursais.

1. As ações movidas contra as sociedades de economia mista, por serem regidas pelas regras do direito privado, não se sujeitam ao prazo prescricional previsto no Decreto-Lei n. 20.910/32, mas sim às normas do Código Civil.

2. Nos termos do artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, o prazo prescricional para reclamar reparação é de três anos.

3. Considera-se iniciado o prazo prescricional no momento em que nasce o direito de ação, com a violação do alegado direito da parte.

4. Cabe a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados pelo juízo *a quo* na hipótese de sucumbência em grau recursal (art. 85, § 11, do CPC). *Apelação cível conhecida e desprovida. Recurso adesivo conhecido e provido. Sentença mantida por outro fundamento.*

Desse desate, as ambas as partes opuseram embargos de declaração, que foram rejeitados às fls. 1.328/1.343.

No recurso especial, a recorrente alega violação dos artigos 11, 489, IV e 1.022, I, II do CPC/2015, ao argumento de que a Corte local não se manifestou “sobre a errônea omissão e contradição na aplicação do artigo 206, § 3º, uma vez que a hipótese em questão não é de ação de enriquecimento ilícito, assim como admitido no acórdão” (fls. 1.353).

Explica que o acórdão: i) é contraditório porque, embora admita que a causa de pedir diz respeito às glosas de serviços medidos e faturados (pelo Despacho n. 033/11 da Diretoria da Celg), com base em Contrato Administrativo de Prestação de Serviços, entendeu, equivocadamente, que se tratava de ressarcimento por enriquecimento sem causa, aplicando a prescrição trienal prevista no artigo 206, § 3º, do CC; e ii) é omissa “acerca da tese de que havia previsão contratual para o recebimento da verba de deslocamento, e

tratava-se assim de descumprimento/inadimplemento contratual e jamais de causa de enriquecimento sem causa” (fls. 1.354).

Quanto ao mérito, defende que o acórdão há de ser reformado para afastar a prescrição, diante da ofensa ao artigo 205 do Código Civil, já que os autos tratam de cobrança de parcela contratual não paga ou de descumprimento contratual.

A esse respeito, aduz que (fls. 1.358/1.362)

Porém, o Tribunal deveria ter analisado a questão a luz do art. 205 do Código Civil, o qual dispõe: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”.

Explica-se: primeiramente, cumpre esclarecer que o caso em comento objetiva o recebimento de verbas em razão do serviço correspondente ao deslocamento de Equipe padrão de Manutenção – EPM – Turma Pesada), conforme o item 160 do Anexo 10, que tem por objetivo remunerar a mobilização, desmobilização, assim como o período do deslocamento das equipes até o local da prestação do serviço a ser executado.

Referida parcela encontrava-se prevista no Edital, como parcela individualizada, descrito no item 160 do Anexo I, destinado ao custeio do tempo de mobilização e deslocamento das unidades de serviço, com o objetivo de se manter o equilíbrio contratual, fazendo com que não haja prejuízos financeiros para a empresa contratada, custeando o tempo em que as equipes estão no veículo a caminho da frente de trabalho, nele incluída a mão de obra.

Pois bem, o caso em comento portanto é bastante simples: a CELG, ora recorrida, deixou de cumprir o contrato firmado com a empresa recorrente, uma vez que não pagou a verba de deslocamento constante expressamente no Edital, mais precisamente no item 160 do Anexo 10.

O pedido é claro na inicial: cobrança de parcelas contratuais não pagas.

Trata-se, obviamente, de um *descumprimento contratual* por parte da recorrida CELG, que apesar de prever tal pagamento no contrato, simplesmente não efetuou.

Essa Corte de unificação de direito federal definiu que o prazo prescricional para inadimplemento contratual é de 10 (dez) anos, em aplicação ao artigo 205 do CC.

Assim, acerca do prazo prescricional relativo às relações contratuais em geral, após anos de incertezas, o *Superior Tribunal de Justiça* dirimiu a controvérsia, em 27/06/2018, com o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.280.825-RJ (2011/0190397-7), definindo o prazo decenal para causas que versarem sobre inadimplemento contratual, vejamos a ementa:

(...)

Ora, *in casu* há descumprimento contratual, jamais podendo se falar que houve ato ilícito que justifique a aplicação do prazo trienal, conforme foi aplicado pelo Tribunal de Justiça, uma vez que o dano foi decorrente de parcela firmada em contrato entre as partes.

(...)

Ainda, alega que o julgado destoa do posicionamento do STJ, que “*é bastante claro pela aplicação da prescrição decenal (artigo 205, CC) quanto se tratar de a inadimplimento ou descumprimento contratual*” (fls. 1.366).

Alternativamente, aponta violação do artigo 206, § 5º, I, do CC, ao argumento de que, “*se se entender que não é a hipótese de aplicara prescrição decenal, ordinária, seria a hipótese de se aplicar a prescrição quinquenal, tal como reconhecida na instância de piso, mas contando-se da data do efetivo ato administrativo que determinou a suspensão do pagamento da parcela Deslocamento de Turma Pesada – EPM, ou seja, o Despacho de Diretoria de 04/05/2011, reconhecida como marco inicial pelo acórdão recorrido*” (fls. 1.370).

Sobre o ponto, sustenta o seguinte (fls. 1.371):

Ainda que não seja aplicada a prescrição decenal amplamente discorrida e fundamentada acima, o que acredita-se que será, deve ser afastada a prescrição trienal e se aplicar no caso em comento a prescrição quinquenal, conforme o art. 206, § 5º, do Código Civil, por se tratar de cobrança de parcela contida em instrumento contratual.

Deveras, a pretensão deve ser enquadrada na cobrança de dívida líquidas, constante no instrumento particular que é contrato firmado entre a CELG e a Recorrente, qual seja o do serviço correspondente ao deslocamento das equipes de trabalho (denominadas EPM Equipe padrão de Manutenção – Turma Pesada), prevista no item 160 do Anexo 10.

O não pagamento das parcelas individualizadas, descrito no item 160 do Anexo I, destinado ao custeio do tempo de mobilização e deslocamento das unidades de serviço, é uma dívida líquida, medida e faturada (fato incontroverso).

Veja-se: o que não pode admitir é a aplicação de uma prescrição trienal em decorrência de ressarcimento por enriquecimento ilícito/sem causa, quando tais verbas estavam expressamente dispostas no contrato.

Às fls. 1.383/1.392, a Celg apresentou contrarrazões, pugnando pelo não conhecimento do recurso ou seu desprovimento.

Neste agravo afirma que seu recurso especial satisfaz os requisitos de admissibilidade e que não se encontram presentes os óbices apontados na decisão agravada.

O MPF apresentou parecer pelo conhecimento do agravo, para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, desprovê-lo, nos termos da seguinte ementa (fls. 1.618):

Agravo em recurso especial. Ação ordinária de cobrança. Ressarcimento por danos materiais. Prescrição. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Ofensa ao art. 1.022 do CPC/15. Violação não verificada. Necessidade de interpretação de cláusulas contratuais e revolvimento do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmulas 5 e 7 do STJ. Parecer pelo conhecimento do agravo, para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta extensão desprovê-lo.

Na sessão de de 23/5/23, após sustentação oral, pedi vista regimental para reanalisar o tema da prescrição, conforme a seguinte certidão:

Proclamação Parcial de Julgamento: Após a sustentação oral, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator. Aguardam os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues (Presidente).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): De início, consigna-se que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Tendo a parte insurgente impugnado os fundamentos da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial.

Os autos são oriundos de ação ordinária de cobrança ajuizada por Sotelgo - Construções Elétricas e Cível Ltda. em desfavor da Celg Distribuição S.A., visando o recebimento da remuneração relativa ao serviço de deslocamento das equipes de trabalho (denominadas EPM - Equipe Padrão de Manutenção - Turma Pesada), a qual, segundo a autora, apesar de prevista no edital do certame (item 160, anexo X), não foi paga pela ré desde 2010 (quando começou a glosar os respectivos valores das faturas), ensejando descumprimento do contrato, desequilíbrio contratual econômico financeiro e prejuízo a ser reparado.

Em contestação, a Celg alegou, em suma, que, em razão de um auditoria realizada, foi constatado que a remuneração atinente ao deslocamento dos caminhões das equipes de trabalho EPM estava sendo paga em duplicidade, de forma indevida, porquanto os serviços prestados não se enquadravam no item 160, anexo 10, do Projeto Básico, a ensejar remuneração própria, além de que os custos de tal serviço já estavam inclusos no valor de pagamento do serviço executado, por abarcar despesas de transporte. Aduziu, ainda, ter ocorrido a prescrição trienal do direito da autora de recebimento da reparação exigida, nos termos do artigo 206, § 3º, IV, do CPC.

Na sentença, ação foi julgada extinta, com resolução do mérito, pela prescrição da pretensão da autora, ao fundamento de que *“deve ser aplicado o prazo quinquenal previsto no artigo 206, § 5º, inciso I, do supracitado diploma legal, uma vez que se trata de ação de cobrança e não de enriquecimento ilícito ou indenização, como faz crer a parte ré, bem como tendo em vista que a dívida cobrada é proveniente de contratos firmados entre as partes, tratando-se verdadeiramente de dívida líquida constante em instrumento particular”* (fls. 1.165).

Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, entendeu ser *“em janeiro de 2010, quando a ré passou a glosar todos os valores lançados na fatura mensal concernentes à remuneração do deslocamento prevista no item 160, do Anexo I, conforme informando na exordial”* (fls. 1.167).

O Tribunal, por sua vez, afastando a aplicação do Decreto 20.910/32 ao caso dos autos: i) negou provimento ao recurso da Sotelgo, que buscava a aplicação do prazo decenal previsto no art. 205 do CC e alteração do termo inicial para a data da quitação da última fatura do pacto firmado - por se tratar de prestação de trato sucessivo - e suspensão do processo em razão do ajuizamento de Ação Civil Pública pelo MPE; e ii) deu provimento ao recurso adesivo da Celg, mantendo a sentença por outro fundamento, por entender que o prazo prescricional aplicável aos autos é o trienal, previsto no artigo 206, § 3º, IV, do CC, como defendido pela concessionária, por se tratar de ação de cobrança visando a reparação/ressarcimento de danos materiais contra sociedade de economia mista, com termo inicial a partir do Despacho da Diretoria da Celg n. 033, de 04.05.2011 (*“que revogou o ato administrativo da diretoria técnica de 26 de abril de 2005 (que determinou a remuneração de qualquer deslocamento dos caminhões com amparo no item 160 do Anexo 10, do Projeto Básico)”* fls. 1.281).

Em sede de recurso especial, como visto, a recorrente alega violação dos artigos 11, 489, IV e 1022, I, II do CPC/2015, por entender ter havido

contradição e omissão “na aplicação do artigo 206, § 3º, uma vez que a hipótese em questão não é de ação de enriquecimento ilícito, assim como admitido no acórdão” (fls. 1.353).

Quanto ao mérito, defende que o acórdão há de ser reformado para afastar a prescrição, diante da existência de dissídio jurisprudencial e da ofensa ao artigo 205 do Código Civil (decenal) ou 206, § 5º, I, do CC (quinquenal), já que os autos tratam de cobrança de parcela contratual não paga ou de descumprimento contratual, devendo o termo inicial se dar “*da data do efetivo ato administrativo que determinou a suspensão do pagamento da parcela Deslocamento de Turma Pesada – EPM, ou seja, o Despacho de Diretoria de 04/05/2011*” (fls. 1.370), como reconhecido pelo acórdão recorrido.

Isso considerado, não se vislumbra a alegada violação do artigo 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia, tendo expressamente assentado, com base nas circunstâncias fáticas e probatória dos autos, que o prazo prescricional para reclamar reparação é de três anos, nos termos da previsão constante do art. 206, § 3º, IV, do CC e da jurisprudência do STJ em casos análogos.

No mais, registra-se que não se desconhece a jurisprudência desta Corte há muito sedimentada no sentido de que o Decreto-Lei 20.910/1932 aplica-se apenas às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas), excluindo-se, portanto, as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações), consoante se extrai dos seguintes precedentes:

Processual Civil. Administrativo. Ação de cobrança. Contrato para realização de obras. Reajustamento de remuneração. Desprovisionamento do agravo interno. Manutenção da decisão recorrida. Decisão recorrida em conformidade com a jurisprudência do STJ.

I - Na origem, trata-se de ação ordinária, objetivando receber quantia em detrimento da alegação de não cumprimento contratual. Na sentença o pedido foi julgado procedente. No Tribunal *a quo*, a sentença foi mantida.

II - O acórdão recorrido encontra-se em conformidade com o entendimento do STJ, que, em caso análogo, assentou que “as ações movidas contra as sociedades de economia mista não se sujeitam ao prazo prescricional previsto no Decreto-Lei 20.910/1932, porquanto possuem personalidade jurídica de direito privado, estando submetidas às normas do Código Civil. Assim, aplica-se o art. 206, § 3º, IV, do

Código Civil de 2002, que estipula o prazo prescricional de três anos para as ações de ressarcimento por enriquecimento sem causa” (STJ, REsp 1.814.089/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 1º/7/2019). Ainda nesse sentido: AgInt no REsp 1.717.961/GO, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 4/10/2018, DJe 24/10/2018; REsp 1.648.042/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018.) Nesse panorama, o dissídio alegado também merece acolhida.

III - No que trata da alegação de violação do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, com razão a recorrente CEDAE, encontrando-se o aresto vergastado em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que: “as ações movidas contra as sociedades de economia mista não se sujeitam ao prazo prescricional previsto no Decreto-Lei 20.910/1932, porquanto possuem personalidade jurídica de direito privado, estando submetidas às normas do Código Civil. Assim, aplica-se o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, que estipula o prazo prescricional de três anos para as ações de ressarcimento por enriquecimento sem causa (STJ, REsp 1.814.089/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 01/07/2019).”

IV - Nesse sentido, os seguintes julgados: AgInt no AREsp 1.795.172/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021, DJe 27/5/2021; e AgInt no AREsp 1.490.069/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1º/6/2020, DJe 3/6/2020.

V - Desse modo, tendo a Corte Estadual estabelecido a data de 8/6/2010 como termo inicial do prazo prescricional de pretensão de cobrança - data da novação do pagamento de reajustamento, consoante previsão no 14º Termo Aditivo do Contrato Administrativo, fl. 1.312, e a ação de ressarcimento ajuizada apenas em 4/6/2014, fl. 11, fica patente o transcurso do prazo prescricional trienal da pretensão deduzida nos autos.

VI - Evidenciada a prescrição, tem-se por prejudicada a análise de violação do art. 373, I, do CPC de 2015.

VII - Agravo interno improvido (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.902.665/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 8/8/2022, DJe de 10/8/2022.)

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação ordinária proposta em desfavor de sociedade de economia mista. Prazo prescricional trienal. Art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Alegada aplicação, ao caso, do prazo decenal, previsto no art. 205 do Código Civil. Tese recursal não prequestionada. Súmula 211 do STJ. Agravo improvido.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015.

II. Trata-se, na origem, Ação Ordinária, proposta por Paez de Lima Construções Comércio e Empreendimentos Ltda contra a Companhia de Desenvolvimento

Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos prejuízos decorrentes do descumprimento e da modificação das condições previstas no contrato administrativo celebrado entre as partes. Julgado improcedente o pedido, foi interposta Apelação, pela parte autora. O Tribunal de origem, contudo, acolheu a preliminar de prescrição arguida pela apelada, porquanto o prazo prescricional contra sociedade de economia mista é de 3 anos, previsto no art. 206, § 3º, V do Código Civil.

III. Por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão recorrido, percebe-se que a tese recursal de que o prazo decenal, previsto no art. 205 do Código Civil, seria aplicável à espécie, por se tratar de responsabilidade civil contratual, não foi apreciada, no voto condutor, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 211/STJ.

IV. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei” (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 10/04/2017). Hipótese em julgamento na qual a parte recorrente não indicou, nas razões do apelo nobre, contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015.

V. *Ainda que se reconhecesse o prequestionamento implícito, como defende a parte agravante, o acórdão recorrido encontra-se em conformidade com o entendimento do STJ, que, em caso análogo, assentou que “as ações movidas contra as sociedades de economia mista não se sujeitam ao prazo prescricional previsto no Decreto-Lei 20.910/1932, porquanto possuem personalidade jurídica de direito privado, estando submetidas às normas do Código Civil. Assim, aplica-se o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, que estipula o prazo prescricional de três anos para as ações de ressarcimento por enriquecimento sem causa”* (STJ, REsp 1.814.089/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 01/07/2019).

VI. Agravo interno improvido (AgInt no AREsp n. 1.795.172/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021, DJe de 27/5/2021.)

Processual Civil. Administrativo. Ação indenizatória. Valoração jurídica dos fatos. Não incidência da Súmula n. 7 do STJ. Prazo prescricional. Sociedade de economia mista. Aplicação das normas de Direito Civil. Agravo interno improvido.

I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação indenizatória, reconheceu a prescrição trienal de parte dos valores cobrados. No Tribunal *a quo*, foi dado provimento ao agravo para que fosse aplicada a prescrição quinquenal. Esta Corte deu provimento ao recurso especial.

II - A reavaliação jurídica dos fatos não implica a incidência do óbice da Súmula n. 7 do STJ, quando a análise do recurso especial é baseada nas premissas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Assim, não se verifica a incidência da referida súmula no presente caso.

III - *No que trata da alegação de violação do 206, § 3º, IV, do Código Civil, com razão o Metrô, uma vez que a orientação desta Corte Superior encontra-se sedimentada no sentido de que as sociedades de economia mista possuem personalidade jurídica de direito privado, de modo que as ações movidas contra elas se sujeitam às regras constantes do Código Civil, e não às previstas no Decreto n. 20.910/32.* Nesse sentido, os seguintes julgados: REsp n. 1.648.042/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018 e AgInt no REsp n. 1.715.046/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quinta Turma, julgado em 6/11/2018, DJe 14/11/2018.

IV - Correta, portanto, a decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial.

V - Agravo interno improvido (AgInt no AREsp n. 1.600.905/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 23/11/2020, DJe de 25/11/2020.)

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. *Ações de ressarcimento por enriquecimento ilícito movidas contra empresas estatais. Não se aplica o prazo prescricional previsto no Decreto-Lei 20.910/1932. As empresas estatais possuem personalidade jurídica de direito privada e, portanto, estão submetidas ao Código Civil.* Agravo interno da empresa a que se nega provimento.

1. Cinge-se a controvérsia em definir se em ações de ressarcimento por enriquecimento ilícito movidas contra empresas estatais, ou seja, entidades dotadas de personalidade privada, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos previsto no Decreto 20.910/1992, ou o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, IV do Código Civil.

2. Não se aplica o prazo prescricional previsto no Decreto-Lei 20.910/1932. *Isso porque as empresas estatais possuem personalidade jurídica de direito privada e, portanto, estão submetidas ao Código Civil - que, em seu art. 206, § 3º, IV, estipula o prazo prescricional de três anos para ações de ressarcimento por enriquecimento sem causa.*

3. Agravo Interno da Empresa a que se nega provimento (AgInt no AREsp n. 1.181.831/SP, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 1/10/2020.)

Processual Civil. Ação contra sociedade de economia mista. Prescrição. Prazo. Art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Enriquecimento sem causa. Precedentes do STJ. Inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC.

1. Cuida-se de inconformismo com acórdão do Tribunal de origem que considerou que o prazo prescricional contra sociedade de economia mista é de 3 anos, previsto no art. 206, § 3º, V do Código Civil.

2. Na origem, trata-se de demanda ajuizada pela construtora recorrente objetivando compelir a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo CDHU a indenizá-la pelos prejuízos decorrentes de desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato celebrado para a construção de 36 casas em conjunto habitacional no Município de Apiaí, em virtude da dilação do prazo das obras, de 10 para 34 meses, com consequente aumento dos custos.

3. Não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem julga integralmente a lide e soluciona a controvérsia. O órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

4. Na hipótese dos autos, a conclusão do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do STJ, de que as ações movidas contra as sociedades de economia mista não se sujeitam ao prazo prescricional previsto no Decreto-Lei 20.910/1932, porquanto possuem personalidade jurídica de direito privado, estando submetidas às normas do Código Civil. Assim, aplica-se o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, que estipula o prazo prescricional de três anos para as ações de ressarcimento por enriquecimento sem causa. Destacam-se os seguintes precedentes: EDcl no AREsp 745.598/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/2/2016; REsp 1.145.416/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/3/2011).

5. Nesse contexto, a CDHU é sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, não se aplicando o prescrito no art. 1º do Dec. 20.910/1932, próprio dos entes públicos, autarquias e fundações públicas. Esse é o posicionamento do STJ, que recentemente julgou caso semelhante ao presente, envolvendo a recorrida, corroborando o presente entendimento. (REsp 1.687.584/SP, Ministra Assusete Magalhães, 28/8/2017).

6. Verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com a jurisprudência do STJ, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

7. Recurso Especial não provido (REsp n. 1.814.089/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/6/2019, DJe de 1/7/2019.)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil. Pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos. Prazo prescricional. Decreto 20.190/32. Código Civil. Recurso provido.

1. Os autores ajuizaram ação de reparação de danos contra o município e uma empresa privada prestadora de serviços públicos, em decorrência de demolição de seus pontos comerciais, com revogação das permissões de uso anteriormente concedidas. Na r. sentença, o Juízo monocrático decretou a prescrição em relação ao município e julgou improcedente o pedido indenizatório relativamente à empresa.

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no julgamento da apelação cível, reconheceu de ofício também a prescrição em relação à empresa, declarando extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

2. *O prazo prescricional previsto no Decreto 20.910/32 não é aplicável às concessionárias de serviço público que ostentem personalidade jurídica de direito privado, como na hipótese dos autos, em que empresa é pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços urbanos e de limpeza pública no município. Com efeito, “a prescrição quinquenal, prevista pelo Decreto n. 20.910/32, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica”* (REsp 897.091/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 10/6/08). A propósito: REsp 925.404/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 8/5/07; REsp 431.355/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 30/8/04.

3. Na hipótese em exame, o evento lesivo ocorreu em 21 de abril de 1999, na vigência do Código Civil de 1916, o qual, em seu art. 177, estabelecia o prazo de prescrição de vinte anos para as ações de caráter pessoal e, durante o curso do prazo prescricional para o ajuizamento da ação indenizatória, entrou em vigor o atual Código Civil, que alterou para três anos o prazo de prescrição nas ações de reparação de dano, nos termos do art. 206, § 3º, V. Portanto, deve ser aplicada a regra de transição do art. 2.028 do atual Código Civil, que dispõe: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais de metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

4. Quando entrou em vigor o atual Código Civil, em 11 de janeiro de 2003, ainda não havia transcorrido nem metade do prazo prescricional de vinte anos previsto no art. 177 do Código Civil de 1916, na medida em que entre a data do evento lesivo (21 de abril de 1999) e a vigência do novo Código Civil (11 de janeiro de 2003) não se passaram mais de dez anos (metade do prazo prescricional previsto no referido art. 177). Destarte, o prazo de prescrição aplicável é o do art. 206, § 3º, V, do atual Código Civil. Como a ação indenizatória foi ajuizada em 13 de maio de 2004, dentro do prazo de três anos após a vigência do novo Código Civil, não se implementou a prescrição, devendo, assim, ser reformado o acórdão recorrido.

5. Recurso especial provido, para afastar a prescrição relativamente à empresa privada e determinar o retorno dos autos à Corte de origem para análise dos

fundamentos da apelação interposta pelos autores (REsp n. 1.073.090/SE, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 17/2/2011).

Ocorre que, este Tribunal vem entendendo de forma diversa, ou seja, pela aplicação do Decreto 20.910/1932, quando se tratar de empresas estatais prestadoras de serviços públicos essenciais, não dedicadas à exploração de atividade econômica com finalidade lucrativa e natureza concorrencial, porquanto fazem as vezes do ente político ao qual se vinculam.

É o que se extrai dos seguintes precedentes, proferidos em casos análogos:

Processual Civil. Administrativos. Organização administrativa. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Prescrição quinquenal. Decreto-Lei 20.910/1932. Empresas estatais prestadoras de serviços públicos essenciais. Não dedicadas à exploração de atividade econômica. 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 prescrição quinquenal do Decreto-Lei 20.910/1932 incide sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos essenciais, não dedicadas à exploração de atividade econômica com finalidade lucrativa e natureza concorrencial.*

III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

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 improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido (AgInt no REsp n. 1.952.632/PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 26/4/2023).

Processual Civil e Administrativo. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos essenciais, sem finalidade lucrativa e natureza concorrencial. Prescrição quinquenal. Decreto n. 20.910/1932. Aplicabilidade. Precedentes. Ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Alegações genéricas. Súmula n. 284/STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211/STJ. Pretensão de revisão de julgamento lastreado em interpretação de cláusulas de contrato administrativo. Inviabilidade. Súmulas ns. 5 e 7/STJ. Precedentes.

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 CPC/2015.

II - *De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, aplica-se a prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/1932 às empresas estatais prestadoras de serviços públicos essenciais, não dedicadas à exploração de atividade econômica com finalidade lucrativa e natureza concorrencial, porquanto fazem as vezes do ente político ao qual se vinculam. Precedentes.*

III - Não se pode conhecer da alegação de ofensa aos arts. 489 e 1.022 do estatuto processual quando o recurso se cinge a alegações genéricas e, por isso, não demonstra, com transparência e precisão, qual seria o ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, o que atrai o óbice da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

IV - A revisão do entendimento adotado pelo Tribunal *a quo*, a partir das cláusulas do contrato administrativo firmado entre as partes, demanda necessária interpretação de suas cláusulas, além do imprescindível revolvimento de matéria fática, providência inviável em sede de recurso especial, à luz dos óbices contidos nas Súmulas ns. 5 e 7 desta Corte.

V - Recurso Especial da *Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal - CAESB* não provido e Recurso Especial da *Engeagro Construções Ltda* não conhecido (REsp n. 1.635.716/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 11/10/2022.)

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Prazo prescricional. *Infraero*. Empresa pública prestadora de serviços públicos essenciais. Incidência do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Princípio da simetria. Aplicação da prescrição quinquenal quando a Fazenda Pública figura como autora. 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 - *Tratando-se a Infraero de empresa pública destinada à prestação de serviço público essencial sem natureza concorrencial, aplicam-se lhe as prerrogativas da Fazenda Pública, inclusive as regras de prescrição dispostas no Decreto n. 20.910/1932. Precedentes.*

III - À luz do princípio da simetria, o prazo de prescrição previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 também incide em hipóteses nas quais a Fazenda Pública figura como autora. Precedentes.

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, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido (AglInt nos EDcl no REsp n. 1.879.549/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 26/4/2023)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Contratos de execução de obras e serviços. Prazo prescricional. Incidência do prazo estipulado no Decreto 20.910/1932 em razão da presença da *Infraero*, empresa pública prestadora de serviço próprio do Estado. Termo inicial. Teoria da *actio nata*. Revisão de premissas fáticas. Impossibilidade. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo interno a que se nega provimento.

1. Sendo a **Infraero** empresa pública integrante da administração indireta, responsável pela prestação de serviços públicos próprios do Estado, a ela se aplica o prazo prescricional de 5 (cinco) anos do Decreto 20.910/1932. Precedentes.

2. Quanto ao termo final do prazo prescricional, verifica-se dos autos que o Tribunal *a quo* fixa a data considerando a teoria da *actio nata*, reconhecendo, com base nas premissas fáticas adotadas pelas instâncias ordinárias, ser o lapso prescricional deflagrado na data em que a *Infraero* admitiu que a parte autora havia reclamado os valores que supostamente lhe eram devidos. Nesse contexto, havendo divergência de premissa quanto ao dia da ciência do fato pela ora agravante, a revisão desse ponto do acórdão demandaria inevitável revisão de conteúdo fático-probatório dos autos, medida vedada na presente via nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento (AglInt no AREsp n. 2.039.357/DF, Rel. Min. Manoel Erhardt (Des. Convocado do TRF5), Primeira Turma, DJe de 17/8/2022)

Processual Civil e Administrativo. Prescrição. Ação de reparação de danos materiais. Paralisação de obra, por determinação do contratante. Ressarcimento pelos dias paralisados.

1. O Recurso Especial foi parcialmente admitido pelo Tribunal de origem apenas quanto à alegada ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910/1932 e ao art. 206 do Código Civil/2002 (fls. 1.002-1.004, e-STJ).

2. A *Infraero* sustenta nas razões do Recurso Especial que “o acórdão recorrido, ao considerar o Decreto n. 20.910/1932 como aplicável aos fatos ora examinados, violou, frontalmente, o comando fixado no art. 1º deste diploma, cujo alvo conceitual, ineludivelmente, está ligado às pessoas jurídicas de direito público interno, o que não é o caso da ora recorrente” (fl. 885, e-STJ).

3. No caso dos autos, a Corte *a quo* asseverou (fls. 870-871, e-STJ): “Os presentes embargos de declaração não merecem prosperar. Com efeito, a começar pela alegada omissão quanto à prescrição, é de ver-se que a ora embargante não tratou dessa questão em suas razões de apelação, e, embora certo que podia ser conhecida de ofício pelo juízo, a falta de pronunciamento exposto, no caso, não configura omissão. Ainda que devesse o julgador apreciar a questão da prescrição, não prosperaria a pretensão recursal da embargante, na medida em que se aplica ao caso a prescrição quinquenal prevista no Decreto n. 20.910/1932, a qual incide a partir do evento danoso. Na espécie, pleiteando a autora a reparação de danos ocorridos em 2005, não havia transcorrido o lapso temporal, quando do ajuizamento da demanda, em 2008. Por outro lado, quanto ao agravo retido, que foi apreciado, o que se verifica é o inconformismo da embargante quanto à solução dada, sendo de se observar, ainda, que o vasto acervo documental juntado aos autos foi devidamente analisado pelo Juízo *a quo*, ficando superadas algumas formalidades exigidas pela embargante em virtude do contexto fático. Ademais, o art. 464, § 1º, inciso II, do Código de Processo Civil dispõe que o Juiz poderá indeferir a perícia quando for desnecessária a prova pericial em vista de outras provas produzidas. Quanto ao suposto reconhecimento do pedido, o voto condutor do acórdão embargado apenas citou a sentença, que, por sua vez, fundamentou-se nos documentos constantes dos autos e na contestação (...) No que diz respeito à alegada omissão pela não apreciação se o caso configurou motivo de força maior, também não se verifica, visto que sequer foi alegada nas razões de apelação.

Assim, as alegações da embargante quanto à ocorrência de omissões no acórdão não atendem ao mínimo legal disciplinado pelo artigo 1.022 do CPC, uma vez que não foi demonstrada a existência das hipóteses que lhe dão suporte, verificando-se, apenas, o inconformismo da parte quanto ao resultado do julgado, situação que não autoriza a abertura da via própria dos declaratórios. (...) Logo, são improcedentes os presentes embargos de declaração, porquanto a embargante busca, inconformada com a solução dada à lide, que se atribuam efeitos modificativos ao julgado, o que não é cabível na via estreita deste recurso, sem a ocorrência dos vícios que lhe dão suporte. Ante o exposto, nego provimento aos embargos de declaração”.

4. *Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, à empresa pública integrante da administração indireta, prestadora de serviços públicos, que não explora atividade econômica, aplica-se a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/1932.* Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.683.657/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.11.2020; e AgInt nos EDcl no AREsp 204.848/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 25.6.2020.

5. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

6. Agravo Interno não provido (AglInt no REsp n. 1.980.791/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/6/2022)

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Contrato administrativo. Empresa pública estatal. Prestação de serviços públicos próprios do Estado. Ausência de exploração econômica. Prescrição quinquenal. Precedentes. Agravo interno não provido.

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/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 do novo CPC".

2. *A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ é firme no sentido de que à empresa pública integrante da administração indireta, mas prestadora de serviços públicos essenciais e voltados ao interesse público da coletividade, sem exploração de atividade econômica, aplica-se a prescrição quinquenal prevista no Decreto n. 20.910/1932.*

3. Agravo interno não provido (AglInt no AREsp n. 1.683.657/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19/11/2020)

Processual Civil e Administrativo. Ação de indenização. Infraero. Prestação de serviço público. Decreto n. 20.910/1932. Aplicação.

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 n. 2).

2. A *Infraero*, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. (STF, RE-AgR 363.412/BA, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE 19/9/2008).

3. *"...tratando-se de empresa pública integrante da administração indireta, responsável pela prestação de serviços públicos próprios do Estado, com o fim de atender às necessidades essenciais da coletividade, sem que apresente situação de exploração de atividade econômica, deve ser aplicada a prescrição quinquenal, conforme o Decreto 20.910/32."* (STJ, REsp 1.196.158/SE, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30/8/2010).

4. No caso, tendo em vista que o episódio que ensejou o pedido de indenização (sequestro do avião da VASP - VP 375) ocorreu em 29/09/1988 e a presente *actio* foi ajuizada em 17/12/2007, evidencia-se o transcurso do lustro prescricional.

5. Agravo interno desprovido (Aglnt nos EDcl no AREsp n. 204.848/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 25/6/2020)

No caso dos autos, como visto, trata-se de uma ação de cobrança ajuizada contra a Celg Distribuição S.A., sociedade de economia mista cujo objetivo primordial é a prestação do serviço público essencial de energia elétrica no âmbito do Estado do Goiás, onde atua sem exploração econômica, em regime não concorrencial e sem intuito primário de lucro, enquadrando-se, portanto, nos precedentes acima indicados que aplicam o Decreto 20.910/32.

Sendo assim, constatando-se que o Tribunal de origem afastou a incidência do Decreto 20.910/32 para aplicar o Código Civil à hipótese dos autos, é de se reconhecer que o acórdão contrariou o atual entendimento desta Corte e, portanto, merece ser reformado quanto ao ponto.

Diante disso, considerando que o prazo aplicável aos autos é o quinquenal, bem com os marcos temporais definidos na origem (termo inicial em 4.5.2011 e ajuizamento da ação 23.02.2016 - os quais, inclusive não podem ser revistos por esta Corte ante o óbice da Súmula 7/STJ), é de se concluir, diferentemente do afirmado no acórdão recorrido, que o alegado direito da autora não se encontra alcançado pelo instituto da prescrição, devendo os autos retornarem à origem para o julgamento regular da demanda.

Ante o exposto, conheço do agravo, para dar provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 62.330-MS
(2019/0346476-3)**

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Simone dos Santos Elesbão
Advogado: Aida Escudero Leite - MS013518

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Nelson Mendes Fontoura Junior e outro(s) - MS003699

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Nota de corte. Modificação superveniente. Critério não previsto no edital. Impossibilidade. Princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da confiança. Observância.

1. Segundo entendimento desta Corte, o edital é a lei do concurso, e sua alteração, que não seja para adequá-lo ao princípio da legalidade, em razão de modificação normativa superveniente, fere tanto os princípios da legalidade como da isonomia.

2. Hipótese em que a modificação operada por ato interno da Administração contratante (portaria de 2018), que não ostenta a natureza de lei (em sentido mais estrito), não poderia incluir, em caráter retroativo, nota de corte que não estava prevista expressamente no edital (de 2015).

3. No caso, a parte recorrente foi desclassificada do concurso por não ter obtido média superior a 70 (setenta) pontos em uma das disciplinas do curso de formação para agente penitenciário.

4. Ocorre que o edital inaugural do concurso em comento (Edital n. 1/2015 - SAD/SEJUSP/AGEPEN) não previa expressamente média mínima para aprovação dos candidatos no curso de formação, embora estabelecesse no item 14.9 que: “os candidatos habilitados para o Curso de Formação obedecerão às disposições da Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, da Lei n. 4.490, de 3 de abril de 2014 e demais legislação pertinente.”

5. A expressão “demais legislação pertinente” foi apresentada como complementar às primeiras (leis indicadas), sendo lícito concluir que nela (naquela expressão) estão abrangidas apenas as leis em sentido estrito, não se estendendo aos atos administrativos, ainda que de caráter mais abstrato.

6. Não pode a Administração Pública, durante a realização do concurso, a pretexto de fazer cumprir Portaria por ela mesma editada

em caráter superveniente, alterar as regras que estabeleceu para a aprovação dos candidatos no curso de formação, sob pena de ofensa ao princípio da vinculação ao edital, e, conseqüentemente, aos princípios da boa fé e da segurança jurídica.

7. Recurso ordinário provido. Concessão da ordem.

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, dar provimento ao recurso ordinário, concedendo a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (Presidente), Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2023 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 24.5.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul assim ementado:

Ementa. Mandado de segurança. Concurso público. Cargo de agente penitenciário de custódia da AGEPEN/MS. Exclusão do certame. Média abaixo de 70 em uma das disciplinas. Regra prevista no Manual de Orientação do Candidato, cuja aplicação está prevista no edital. Ofensa ao princípio da isonomia. Não demonstrada. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada, com o parecer.

Sustenta a parte recorrente, em resumo, que: a) o edital não pode ser alterado por meio de uma portaria interna, para alterar a média exigida no curso de formação; b) não cabe à Administração, durante a realização do concurso, a pretexto de fazer cumprir o Manual de Orientação do Aluno, alterar as regras que estabeleceu para a classificação e aprovação dos candidatos, sob pena de ofensa aos princípios da boa fé e da segurança jurídica.

Em contrarrazões, a parte impetrada transcreve a decisão recorrida e pugna pela sua manutenção (e-STJ fls. 521/525).

Parecer do MPF pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 532/537).

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Adianto que o recurso merece prosperar.

No caso, a parte recorrente foi desclassificada do concurso por não ter obtido média superior a 70 (setenta) pontos em uma das disciplinas do curso de formação para agente penitenciário.

Ocorre que o edital inaugural do concurso em comento (Edital n. 1/2015 – SAD/SEJUSP/AGEPEN) não previa expressamente média mínima para aprovação dos candidatos no curso de formação, embora estabelecesse no item 14.9 que: “os candidatos habilitados para o Curso de Formação obedecerão às disposições da Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, da Lei n. 4.490, de 3 de abril de 2014 e demais legislação pertinente” (e-STJ fl. 80).

Segundo se colhe das informações da parte recorrida, a exigência de média superior a 70 (setenta) pontos em cada disciplina cursada na formação do candidato foi incluída no “Manual de Orientação do Aluno” após a aprovação da Portaria “AGEPEN” n. 22/AGEPEN/MS/2018. A demandada advoga a tese de que as alterações impostas pela portaria supracitada estariam abrangidas no conceito de “demais legislação pertinente” constante do item 14.9 do edital, pelo que houve apenas vinculação ao instrumento convocatório.

Tenho, porém, a compreensão oposta.

Segundo entendimento desta Corte, o edital é a lei do concurso, e sua alteração, que não seja para adequá-lo ao princípio da legalidade, em razão de modificação normativa superveniente, fere tanto os princípios da legalidade como da isonomia.

Nesse sentido: EDcl no AgInt nos EDcl nos EDcl no AgInt no RMS n. 57.018/MG, rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 3/3/2020, DJe de 10/3/2020; RMS 51.136/MS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/8/2016, DJe 26/8/2016 e AgRg no RMS 10.798/PR, rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 27/3/2014, DJe 14/4/2014.

Na linha da referida orientação, a modificação operada por ato interno da Administração contratante (portaria de 2018), que não ostenta a natureza de lei (em sentido mais estrito), não poderia incluir, em caráter retroativo, nota de corte que não estava prevista expressamente no edital (de 2015).

Seguindo o mesmo raciocínio, note-se que o item 14.9, como dito, determinou que os candidatos habilitados para o curso de formação obedeceriam “às disposições da Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, da Lei n. 4.490, de 3 de abril de 2014 e demais legislação pertinente”. Isto é, a expressão “demais legislação pertinente” foi apresentada como complementar às primeiras (leis indicadas), sendo lícito concluir que nela (naquela expressão) estão abrangidas apenas as leis em sentido estrito, não se estendendo aos atos administrativos, ainda que de caráter mais abstrato.

Em suma, entendo que não pode a Administração Pública, durante a realização do concurso, a pretexto de fazer cumprir Portaria por ela mesma editada em caráter superveniente, alterar as regras que estabeleceu para a aprovação dos candidatos no curso de formação, sob pena de ofensa ao princípio da vinculação ao edital, e, conseqüentemente, aos princípios da boa fé e da segurança jurídica.

Por fim, imperioso ressaltar que o pedido da parte impetrante não pode retroagir os efeitos financeiros se acaso resultar em sua nomeação e posse.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que “é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público” (AgRg no RE 593.373, Segunda Turma, Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18/4/2011).

Nesse mesmo sentido, o STJ considera que, “se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória” (EREsp 1.117.974/RS, Corte Especial, rel. Ministro Eliana Calmon, rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 19/12/11).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso, para reformar o acórdão impugnado, *concedendo a ordem* do mandado de segurança, determinando que a autoridade coatora garanta à impetrante a nomeação, posse e o exercício no cargo de Agente Penitenciário de Custódia da AGEPEN/MS, de acordo com a classificação correspondente à sua nota final, fazendo jus à remuneração somente a partir da data do efetivo exercício.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 69.232-MG
(2022/0208926-0)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Nilma Regina de Moraes

Advogado: Rogerio Antonio Neves - MG166259

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procurador: Paulo de Tarso Jacques de Carvalho - MG056401

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Cargo em comissão. Diretora de Escola Estadual. Resolução SEE/MG 4.127/2019. Livre exoneração. Inexistência de direito líquido e certo à permanência no posto. Recurso não provido.

1. A jurisprudência do STJ, de há muito, reconhece a livre exoneração de diretores de escolas estaduais como legítimo exercício do poder administrativo discricionário. Precedentes: *RMS n. 3.699/RJ*, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 4/8/2003, e *RMS n. 3.453/RJ*, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 22/11/1999.

2. As disposições contidas na Resolução n. 4.127/2019 da SSE/MG não afastam a natureza discricionária da exoneração, nem asseguram, como direito líquido e certo, a permanência da impetrante no exercício do cargo de direção escolar. Precedente: *RMS 65.868/MG*, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 5/4/2021 (decisão monocrática).

3. A resolução, na condição de ato normativo subalterno, deve ter a sua interpretação emoldurada pela lei e pela Constituição. Logo, se a Carta Constitucional (como já afirmou o STF) e a lei estadual reconhecem a natureza comissionada do cargo de diretor (daí a livre exoneração), não se apresenta válida qualquer interpretação da Resolução SEE-MG 4.127/2019 tendente a afastar a liberdade constitucionalmente assegurada à Administração.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança 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 ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 27.4.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Nilma Regina de Moraes* contra o acórdão de fls. 206/213, proferido à unanimidade pelo órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, aresto ementado nos termos seguintes:

Mandado de segurança. Exoneração de cargo de Diretora de Escola Pública. Cargo comissionado. Livre nomeação e exoneração. Discricionariedade da Administração. Ausência de direito líquido e certo à reintegração no cargo. Segurança denegada.

- O cargo de Diretor de Escola, por se tratar de cargo comissionado, é de livre nomeação e exoneração da Administração Pública, não constituindo ilegalidade ou abuso de poder o ato de exoneração da Diretora em exercício, ainda que imotivado. (fl. 206).

Colhe-se dos autos que a autora buscou a concessão da ordem para manter-se no cargo de Diretora da Escola Estadual Gabriela Neves, em Diamantina/MG, “até o termo final de seu mandato previsto para 1º de julho de 2022” (fl. 125), por entender que sua exoneração, em 24 de julho de 2021, contrariou o regramento previsto na Resolução SEE n. 4.127/2019, da Secretaria de Estado da Educação, norma que, em seu entendimento, lhe asseguraria o exercício pelo período ininterrupto de três anos.

Num primeiro momento, por decisão monocrática (fls. 252/254), neguei provimento ao recurso, firme em que, “*ao destacar a discricionariedade*

administrativa na exoneração de diretores de escolas estaduais, como é o caso em exame, o entendimento da Corte estadual não destoia da jurisprudência há muito consolidada no âmbito desta Corte Superior” (fl. 253), apresentando, em reforço à tese, antigos acórdãos da e. Quinta Turma, a saber: *RMS n. 3.699/RJ*, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 4/8/2003 e *RMS n. 3.453/RJ*, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 22/11/1999. Também se afirmou que “*esta Corte Superior, em exame de casos análogos, tem reiterado o entendimento de que, as disposições contidas na Resolução n. 4.127/2019 da SSE/MG não afastam a natureza discricionária da exoneração, nem asseguram, como direito líquido e certo, a permanência no exercício do cargo de direção”* (fl. 254), mencionando-se, como paradigma, decisão monocrática proferida pelo Ministro Herman Benjamim, nos autos do *RMS 65.868/MG*, publicada no DJe de 5/4/2021.

No agravo interno, fls. 262/278, persiste a Autora na defesa da tese de impossibilidade da livre exoneração, firme em que o direito de permanência pelo período trienal seria assegurado pela Resolução SEE-MG n. 4.127/2019. No mais, transcreve o inteiro teor da decisão combatida, pondera que a decisão monocrática mencionada nas razões de decidir (*RMS 65.868/MG*) cuidaria de hipótese diversa – de mera expectativa de direito, visto que a parte autora, naquele caso, não chegou a exercer a função – e reedita a mesma argumentação veiculada pela petição do recurso ordinário.

Em contrarrazões, fls. 300/302, o Estado de Minas Gerais requer o não provimento do recurso, mantendo-se íntegra, pela sua própria fundamentação, a decisão agravada.

Por compreender que os argumentos da parte agravante, tanto quanto a própria questão de fundo, mereciam submissão ao escrutínio do órgão colegiado, reconsiderarei a anterior decisão, pelo que, agora, apresento o feito ao exame desta Primeira Turma.

O recurso é tempestivo e a representação processual (fl. 2) mostra-se regular.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Como relatei, cuida-se de recurso ordinário inicialmente não provido, por decisão monocrática, esta oportunamente reconsiderada, com o fito de permitir o exame, pela e. Primeira Turma, dos vários argumentos apresentados pela recorrente.

Ainda assim, estou convencido de que, em que pese ao inconformismo da Autora com o desfecho desfavorável à sua pretensão, não lhe assiste razão, por muitos e variados fundamentos.

Em primeiro lugar porque, como afirmei na decisão anterior, o acórdão proferido à unanimidade pela Corte estadual em nada se distancia do entendimento deste STJ, de há muito consolidado, no sentido de reconhecer o ato de livre exoneração de diretores de escolas estaduais como manifestação do legítimo exercício do poder administrativo discricionário.

A propósito, a recorrente nenhum argumento apresenta para se contrapor à tese, espelhada nos precedentes estampados no *RMS n. 3.699/RJ*, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 4/8/2003, e no *RMS n. 3.453/RJ*, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 22/11/1999.

Em segundo lugar, a alegação de que a decisão monocrática proferida pelo Min. Herman nos autos do *RMS 65.868/MG* cuidaria de hipótese fática diversa (mera expectativa de direito, porque anterior à posse) não merece prosperar porque não desautoriza a real premissa em que se fundou a decisão primeva, a saber, a de que “*as disposições contidas na Resolução n. 4.127/2019 da SSE/MG não afastam a natureza discricionária da exoneração, nem asseguram, como direito líquido e certo, a permanência no exercício do cargo de direção*” (fl. 254). Nesse sentido, colho do aludido decisório o seguinte excerto, cujos fundamentos também adoto como razão de decidir:

Nos termos da jurisprudência do STF, os cargos de Diretor e Vice-Diretor das escolas públicas são de provimento em comissão e, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, de livre nomeação e exoneração do chefe do Executivo local. A propósito:

Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 308, inc. XII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Normas regulamentares. Educação. Estabelecimentos de ensino público. Cargos de direção. Escolha dos dirigentes mediante eleições diretas, com participação da comunidade escolar. Inadmissibilidade. Cargos em comissão. Nomeações de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Ofensa aos arts. 2º, 37, II, 61, § 1º, II, “c”, e 84, II e XXV, da CF. Alcance da gestão democrática prevista no art. 206, VI, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Voto vencido. É inconstitucional toda norma que preveja eleições diretas para direção de instituições de ensino mantidas pelo Poder Público, com a participação da comunidade escolar.

(ADI 2.997, Relator(a): Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2009, DJe-045 divulg 11-03-2010 public 12-03-2010 Ement vol-02393-01 pp-00119)

Inconstitucionalidade. Ação Direta. Constituição e leis estaduais. Projeto de iniciativa de deputado, quanto a uma das leis. Educação. Direção de instituições de ensino mantidas pelo Poder Público. Normas que prevêm eleições diretas, com participação da comunidade escolar. Ofensa aparente aos arts. 2º, 37, II, 61, § 1º, II, “c”, e 84, II e XXV, da CF. Risco manifesto de dano à Administração Pública. Medida cautelar concedida. Precedentes. Deve concedida, em ação direta de inconstitucionalidade, medida cautelar para suspensão da vigência de normas de Constituição e de leis estaduais que prevêm eleições diretas, com participação da comunidade escolar, para os cargos de direção das instituições de ensino mantidas pelo Poder Público.

(ADI 2.997 MC, Relator(a): Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003, DJ 06-02-2004 pp-00022 Ement vol-02138-04 pp-00778)

Representação de inconstitucionalidade. Nomeação para cargo em comissão de Diretor de Escola Pública, mediante eleição pelos professores, alunos e pais de alunos. Sendo o cargo em comissão conformado a confiança do poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos as formas previstas no artigo 97, parágrafos 1. e 2., não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão. Não tendo as escolas públicas de primeiro grau a autonomia administrativa e financeira conferida à universidade, não há que cogitar da investidura em seus cargos de direção por eleição. Representação julgada procedente e declarada inconstitucional o artigo 1. da Lei 6.709, de 12 de setembro de 1985, do Estado de Santa Catarina.

(Rp 1.473, Relator(a): Carlos Madeira, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/1988, DJ 14-10-1988 pp-26380 Ement vol-01519-01 pp-00035)

Dessa forma, por se tratar de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração a qualquer tempo pelo Chefe do Poder Executivo local, inexistente direito líquido e certo à ordem pleiteada.

Portanto, não há razão juridicamente relevante para se dar ao presente caso desfecho diverso.

Em terceiro lugar, ao contrário do que defende a agravante, o art. 45 da Resolução SEE-MG 4.127/2019, ainda que estipule um prazo trienal para exercício, com eventual recondução por igual período, nada dispõe – nem mesmo poderia fazê-lo – quanto à natureza discricionária da exoneração. Eis o teor da norma:

Art. 45 - Os diretores nomeados e os vice-diretores designados permanecerão em exercício, respectivamente, no cargo e na função, pelo período de 3 (três) anos consecutivos, podendo ser reconduzidos consecutivamente, uma única vez por igual período, mediante indicação em novo processo de escolha.

Em quarto lugar, o raciocínio da recorrente subverte a lógica hierarquizada do ordenamento jurídico: não é a Constituição Federal ou a lei estadual de regência que se curvam ao ato administrativo normativo. Antes, é a Resolução, na condição de ato normativo subalterno, que deve ter a sua interpretação emoldurada pelas leis e pela Constituição. Logo, se a Carta Constitucional (como já afirmou o STF) e a lei estadual reconhecem a natureza comissionada do cargo de diretor (daí a livre exoneração), não se apresenta válida qualquer interpretação da Resolução SEE-MG 4.127/2019 tendente a afastar a liberdade constitucionalmente assegurada à Administração.

Em quinto lugar, mas não menos importante, o subjacente *writ* foi impetrado com o intuito de obter a ordem para reconduzir a impetrante ao cargo “até o termo final de seu mandato previsto para 1º de julho de 2022” (fl. 125), data de há muito ultrapassada, pelo que, a essa altura, é manifesta a perda superveniente do objeto da impetração.

Dessarte, à luz de todos esses fundamentos, conjunta ou isoladamente considerados, tenho por não merecedora de reparos a decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.436.544-RS (2014/0034149-6)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Tondo S/A

Advogados: Marcelo André Pierdona e outro(s) - RS035888

Vicente Záchia Paludo - RS082700

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Crédito presumido de PIS/COFINS. Lei 10.925/2004. Mandado de segurança. Aproveitamento de créditos nos termos do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Impossibilidade.

1. A parte recorrente, agroindústria que apura imposto de renda sobre o lucro real, impetrou mandado de segurança alegando possuir direito líquido e certo de aproveitar, nos termos do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, créditos relativos à aquisição de insumos que, a despeito de se enquadrarem na regra inserta nos arts. 8º e 9º da Lei 10.925/2004, *i.e.*, estarem com a incidência de PIS/COFINS suspensa e, por isso, darem ensejo a “créditos presumidos de PIS/COFINS”, não tiveram, em suas notas fiscais respectivas, inscrita a expressão “com suspensão de PIS/COFINS”, desatendendo, assim, a regramento inserto no § 2º do art. 2º da IN 660/2004.

2. As condições objetivas e subjetivas para a suspensão da incidência de PIS/COFINS restaram estipuladas no art. 9º da Lei 10.925/2004, sendo certo que a IN 660/2004, em seu art. 2º, § 1º, deixa claro que, “*Para a aplicação da suspensão de que trata o caput, devem ser observadas as disposições dos arts. 3º e 4º*”. Os referidos arts. 3º e 4º simplesmente repetem e explicitam as condições objetivas e subjetivas já dispostas na lei instituidora da suspensão (Lei 10.925/2004).

3. Em se tratando de benefício fiscal, sua instituição e as regras a ele aplicáveis dependem de lei ordinária (v. art. 97, VI, do CTN), situação a que se submete a suspensão tributária em exame.

4. Equivocada, portanto, a afirmação da contribuinte recorrente de que, por não haver sido aposta, nas notas, a expressão “com suspensão de PIS/COFINS”, conforme dispunha o § 2º do art. 2º da IN 660/2004, a suspensão de tais tributos não teria ocorrido e, por conseguinte, teria havido a pretérita incidência tributária.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Regina Helena Costa, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos

termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (voto-vista), Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 23 de maio de 2023 (data do julgamento).

Ministro Paulo Sérgio Domingues, Presidente

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 26.5.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado por *Tondo S.A.*, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 189):

Contribuição para o PIS. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Leis n. 10.637, de 2002, n. 10.833, de 2003, e n. 10.925, de 2004. Créditos ditos básicos. Aquisições sujeitas à suspensão da exigibilidade das contribuições.

É infundada a pretensão do contribuinte, indústria de alimentos, de aproveitar créditos ditos básicos de PIS/COFINS (art. 3º das Leis n. 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003), sobre as aquisições referidas no art. 8º, *caput* e § 1º, da Lei n. 10.925, de 2004, que efetivamente estavam sujeitas à suspensão da exigibilidade da contribuição ao PIS/COFINS de que trata o art. 9º da mesma lei.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 207/210).

A parte recorrente aponta violação aos arts. 3º da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003; 9º, § 2º, da Lei 10.925/2004 e 103, I, do CTN. Sustenta, em resumo, que: (I) “a publicidade da suspensão na nota fiscal emitida pelo fornecedor (art. 2º, § 2º, da IN SRF n. 660/06), conforme disposto no art. 9º, § 2º da Lei n. 10.92, é condição **sine qua non** para a aplicação da suspensão” (fl. 229); e (II) “Não há como se admitir, sem violar a regra da irretroatividade (art. 103, I, CTN), que a disposição ulterior do art. 19 c/c art. 22 da IN SRF n. 977/2009, que veio a lume apenas em dezembro de 2009, venha a atingir o direito de crédito de PIS e Cofins decorrente de negócios jurídicos ocorridos sem suspensão das contribuições alguns anos antes, entre 2006 e 2008” (fl. 232).

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Denise Vinci Tulio, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 314/318).

Às fls. 351/354, proferi decisão reconhecendo a prejudicialidade da matéria constitucional e remeti os autos ao STF com base no art. 1.031, § 2º, do CPC.

Foi então que o STF negou seguimento ao recurso extraordinário, entendendo ser indireta ou reflexa a afronta ao texto constitucional (fls. 705/707).

Assim, após ter prolatado a decisão de fls. 719/722, melhor compulsando os autos, dei provimento ao agravo interno da parte contribuinte para novo e oportuno exame do seu apelo raro (fls. 742/743).

Vieram os autos conclusos.

É o breve relato.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Ao que se tem dos autos, *Tondo S.A.* impetrou mandado de segurança com vistas a ver declarado direito de se creditar, a título de PIS/COFINS, “na forma do art. 3º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003” (fl. 93), de “trigo em grão utilizado como insumo em sua atividade industrial” (fl. 93). Alegou que “a saída do trigo dos estabelecimentos fornecedores deveria ocorrer com suspensão das contribuições, na forma do art. 9º da Lei n. 10.925/2004” (fl. 93) e que “a IN SRF n. 660/06 elencou diversos termos e condições à efetivação da suspensão aludida, cujo descumprimento por alguns fornecedores acarretou a oneração das aquisições pelas contribuições” (fl. 93). Acrescentou que “sua pretensão se alicerça na anotação na nota fiscal como condição para aplicação e suspensão do PIS e da COFINS” (fl. 93). Informou, ainda, que, em consulta formulada administrativamente, “houve negativa do direito ao crédito de PIS e COFINS sobre as aquisições, sendo que a SRRF da 10ª RF respondeu que se imporia obrigatoriamente o regime de suspensão, ainda que tenha ocorrido o descumprimento do contido no § 2º da IN SRF n. 660/06” (fl. 93).

A r. sentença (fls. 93/96) foi pela *denegação* da segurança, tendo assinalado o Juiz singular que assitia “razão à parte no tocante à necessidade de menção nas notas fiscais quanto à suspensão das contribuições nas vendas [...] Contudo, deve se ter em conta que o descumprimento de tal obrigação, que é de natureza acessória, não implica a inexistência da suspensão das contribuições propriamente dita [...] Significa

dizer que, ainda que alguns dos fornecedores não tenham destacado no corpo do documento fiscal que as contribuições para o PIS e a COFINS estavam suspensas, nos termos do § 2º do art. 2º da IN SRF 660/06, não se pode considerar que os tributos de fato não sofreram a aludida suspensão [...] Tal interpretação afasta o entendimento da empresa de que a suspensão estaria condicionada ao cumprimento de todos termos e condições estabelecidos pela IN SRF 660/06. Com efeito, admitir tal possibilidade seria primar pela obrigação acessória em detrimento da principal” (fl. 95 - g.n.).

Interposta apelação (fls. 106/128), o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a denegação da segurança nos termos sumariados pela ementa transcrita no relatório (fls. 180/189).

O acórdão desafiado pelo especial em exame, partindo da diferenciação entre “créditos básicos de PIS/COFINS”, regulados pelo art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 – os quais dependem da incidência dos tributos sobre os insumos –, e o “crédito presumido de PIS/COFINS”, regulado pelo art. 8º da Lei 10.925/2004, assinalou que (fls. 186/187):

[...] o legislador ordinário pretendeu claramente afastar o crédito básico do art. 3º das Leis n. 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, instituindo, em substituição, um crédito presumido (do art. 8º da Lei n. 10.925, de 2004), para o que determinou a suspensão da exigibilidade do PIS/COFINS (art. 9º da Lei n. 10.925, de 2004), o que obstou logicamente a constituição daquele primeiro crédito, por força do já transcrito inciso II do § 2º do art. 3º das Leis n. 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, sendo certo que tanto o artigo 8º quanto o artigo 9º da Lei n. 10.925, de 2004, produziram efeitos ao mesmo tempo (a partir de 1º de agosto de 2004), conforme dispôs expressamente o inciso III do seu artigo 17.

Após análise de instruções normativas regulatórias (IN SRF 636/2006; IN SRF 660/2006), concluiu que (fls. 187/188):

Daí se segue que, por ter havido efetivamente suspensão da exigibilidade da contribuição ao PIS/COFINS, de que trata o art. 9º da Lei n. 10.925, de 2004, no período de 1º de agosto de 2004 em diante, somente há falar, quanto às operações de aquisição de matéria-prima previstas no art. 8º da Lei n. 10.925, de 2004, em créditos presumidos, ficando desde então obstada, em relação a tais operações, a possibilidade de aproveitamento de créditos ditos básicos (art. 3º das Leis n. 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003), como requer a impetrante.

Enfim, conforme bem assentou a juíza da causa, cujas razões aqui adoto, o descumprimento de obrigação de natureza acessória pelo fornecedor não afasta, em princípio, a existência da suspensão das contribuições propriamente dita.

No especial apelo, a parte recorrente defende que “a aplicação da suspensão da exigibilidade do PIS e da Cofins foi condicionada, por expressa disposição de lei (art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.925/2004), ao cumprimento de todos os “termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal – SRF”, o que veio a ser feito pela Instrução Normativa SRF n. 660/06” (fl. 225), que “não cumprida uma das condições elencadas pela IN SRF n. 660/06, que regulamentou o art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.925/04, a presunção inafastável será a de que houve a incidência das contribuições” (fl. 227) e que “a obrigatoriedade (e não faculdade) e, por isso, importância de fazer constar a informação acerca da suspensão das Contribuições na nota fiscal, decorre do próprio vocábulo utilizado pelo § 2º do art. 2º da IN SRF m. 660/06 [...] Com efeito, bem se vê que ali consta: “Nas notas fiscais relativas às vendas efetuadas com suspensão, deve constar a expressão ‘Venda efetuada com suspensão da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS’, com especificação do dispositivo legal correspondente” (fls. 227/228). Pugna, portanto, pelo aproveitamento dos créditos relativos às aquisições de insumos em cujas notas não tenha constado a expressão “suspensão do PIS/COFINS”, não como “créditos presumidos”, mas como “créditos básicos” (“a recorrente busca tão-somente o reconhecimento do seu direito ao **crédito básico** do PIS/Cofins, previsto nos arts. 3º das Leis n. 10.637/02 e 10.833/03, e não aproveitar **cumulativamente** tal crédito dito básico com o **crédito presumido** previsto no artigo 8º da Lei n. 10.925/2004” – fls. 220/221).

Pertinente a transcrição dos *dispositivos legais apontados como malferidos pela parte recorrente.*

Das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

[...]

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI;

Da Lei 10.925/2004:

Art. 9º A incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins *fica suspensa* no caso de venda:

I - de produtos de que trata o inciso I do § 1º do art. 8º desta Lei, quando efetuada por pessoas jurídicas referidas no mencionado inciso;

II - de leite in natura, quando efetuada por pessoa jurídica mencionada no inciso II do § 1º do art. 8º desta Lei; e

III - de insumos destinados à produção das mercadorias referidas no *caput* do art. 8º desta Lei, quando efetuada por pessoa jurídica ou cooperativa referidas no inciso III do § 1º do mencionado artigo.

§ 1º O disposto neste artigo:

I - aplica-se somente na hipótese de vendas efetuadas à pessoa jurídica tributada com base no lucro real; e

II - não se aplica nas vendas efetuadas pelas pessoas jurídicas de que tratam os §§ 6º e 7º do art. 8º desta Lei.

§ 2º A suspensão de que trata este artigo aplicar-se-á nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal - SRF.

Da IN SRF 660/2006:

Art. 2º Fica suspensa a exigibilidade da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda:

[...]

§ 2º Nas notas fiscais relativas às vendas efetuadas com suspensão, deve constar a expressão "Venda efetuada com suspensão da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS", com especificação do dispositivo legal correspondente.

Pois bem.

O escopo da recorrente é, portanto, o aproveitamento dos créditos relativos a aquisições de insumos, não como "créditos presumidos" de PIS/COFINS, conforme estabelecido pela Lei 10.925/2004, em seu artigo 8º, mas como "créditos básicos", nos termos do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Releva assinalar, a fim de que não parem dúvidas a esse respeito, que em momento algum foi negado, à recorrente, o direito a creditamento de PIS/COFINS relativo à aquisição de insumos.

À contribuinte foi reconhecido o direito de crédito, *porém*, na modalidade de "crédito presumido" (Lei 10.925/2004), e não na modalidade de "crédito básico" (Leis 10.637/2002 e 10.833/2003).

É o que mesmo se colhe da exordial a respeito de consulta formulada pela contribuinte à SRRF da 10ª RF, onde se registra: "a Solução de Consulta dada

pela SRRF da 10ª RF respondeu que *se imporia obrigatoriamente o regime de suspensão nas aquisições feitas pela Impetrante enquadradas nas hipóteses em que o art. 9º da Lei n. 10.925/04 prescreveu a aplicação da suspensão*, ainda que tenha ocorrido o descumprimento do contido no § 2º do art. 2º da IN SRF n. 660/06 [...] Como decorrência, afirmou que *a Impetrante, naquelas hipóteses, não teria direito ao crédito básico de PIS (art. 3º da Lei n. 10.637/02) e de Cofins (art. 3º da Lei n. 10.833/03)* (fl. 53).

A questão posta a julgamento, então, consiste em definir como se dará o creditamento: se com base na Lei 10.925/2004, ou seja, com “créditos presumidos”, ou se com apoio no art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, isto é, com os chamados “créditos básicos”.

No ponto, faz-se pertinente diferenciar essas duas modalidades de crédito. Pois bem. Enquanto os “créditos básicos”, decorrentes da aplicação do regramento geral da sistemática de não cumulatividade de PIS/COFINS (Leis 10.637/2002 e 10.833/2003), advêm do *valor total (100%)* gasto pelo contribuinte na aquisição de insumos, os chamados “créditos presumidos”, porque relacionados à suspensão da incidência de PIS/COFINS operada pela Lei 10.925/2004, correspondem não à totalidade, mas a *percentuais* do valor expendido pelo contribuinte na aquisição dos insumos (v. § 3º, incisos, do art. 8º, da Lei 10.925/2004).

Daí o interesse da impetrante, ora recorrente, em ver reconhecido o direito aos “créditos básicos” (Leis 10.932/2002 e 10.833/2003), e não aos “créditos presumidos” da Lei 10.925/2004.

A *tese da recorrente*, então, é a de que a suspensão da exigibilidade de PIS/COFINS, prevista no art. 9º da Lei 10.925/2004 – que daria a ela o direito aos “créditos presumidos” na forma prevista naquela mesma lei –, estaria condicionada ao cumprimento de todas as exigências insertas em regramento infralegal (IN 660/2004) e, não tendo havido a aposição da expressão “com suspensão de PIS/COFINS” no rosto das notas dos insumos que adquiriu (trigo), *presumir-se-ia* que tais tributos oneraram essas aquisições (*i.e.*, não teria havido a suspensão da incidência tributária), passando, assim, a gerar para ela direito aos “créditos básicos” de PIS/COFINS.

Para bem equacionar a questão controvertida, impõe-se, então, analisar o dispositivo legal que instituiu os chamados “créditos presumidos de PIS/COFINS”, a saber, o *art. 8º da Lei 10.925/2004*:

Art. 8º As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devidas em cada período de apuração, *crédito presumido*, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do *caput* do art. 3º das Leis n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física. (Redação dada pela Lei n. 11.051, de 2004) (Vigência) (Vide Lei n. 12.058, de 2009) (Vide Lei n. 12.350, de 2010) (Vide Medida Provisória n. 545, de 2011) (Vide Lei n. 12.599, de 2012) (Vide Medida Provisória n. 582, de 2012) (Vide Medida Provisória n. 609, de 2013) (Vide Medida Provisória n. 609, de 2013) (Vide Lei n. 12.839, de 2013) (Vide Lei n. 12.865, de 2013)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também às aquisições efetuadas de:

I - cerealista que exerça cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos in natura de origem vegetal classificados nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, e 18.01, todos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM); (Redação dada pela Lei n. 12.865, de 2013)

II - pessoa jurídica que exerça cumulativamente as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel de leite in natura; e

III - pessoa jurídica que exerça atividade agropecuária e cooperativa de produção agropecuária. (Redação dada pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 2º O direito ao *crédito presumido* de que tratam o *caput* e o § 1º deste artigo só se aplica aos bens adquiridos ou recebidos, no mesmo período de apuração, de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País, observado o disposto no § 4º do art. 3º das Leis n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

§ 3º O montante do crédito a que se referem o *caput* e o § 1º deste artigo será determinado mediante aplicação, sobre o valor das mencionadas aquisições, de alíquota correspondente a:

I - 60% (sessenta por cento) daquela prevista no art. 2º da Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e no art. 2º da Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para os produtos de origem animal classificados nos Capítulos 2, 3, 4, exceto leite in natura, 16, e nos códigos 15.01 a 15.06, 1516.10, e as misturas ou preparações de gorduras ou de óleos animais dos códigos 15.17 e 15.18; (Redação dada pela Lei n. 13.137, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado pela Lei n. 12.865, de 2013)

III - 35% (trinta e cinco por cento) daquela prevista no art. 2º das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para os demais produtos. (Incluído pela Lei n. 11.488, de 2007)

IV - 50% (cinquenta por cento) daquela prevista no *caput* do art. 2º da Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e no *caput* do art. 2º da Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para o leite in natura, adquirido por pessoa jurídica, inclusive cooperativa, regularmente habilitada, provisória ou definitivamente, perante o Poder Executivo na forma do art. 9º-A; (Incluído pela Lei n. 13.137, de 2015) (Vigência)

V - 20% (vinte por cento) daquela prevista no *caput* do art. 2º da Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e no *caput* do art. 2º da Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para o leite in natura, adquirido por pessoa jurídica, inclusive cooperativa, não habilitada perante o Poder Executivo na forma do art. 9º-A. (Incluído pela Lei n. 13.137, de 2015) (Vigência)

§ 4º É vedado às pessoas jurídicas de que tratam os incisos I a III do § 1º deste artigo o aproveitamento:

I - do crédito presumido de que trata o *caput* deste artigo;

II - de crédito em relação às receitas de vendas efetuadas com suspensão às pessoas jurídicas de que trata o *caput* deste artigo.

§ 5º Relativamente ao *crédito presumido* de que tratam o *caput* e o § 1º deste artigo, o valor das aquisições não poderá ser superior ao que vier a ser fixado, por espécie de bem, pela Secretaria da Receita Federal.

§ 6º (Revogado pela Lei n. 12.599, de 2012).

§ 7º (Revogado pela Lei n. 12.599, de 2012).

§ 8º (Vide Medida Provisória n. 552, de 2011) (Vide Decreto Legislativo n. 247, de 2012)

§ 9º (Vide Medida Provisória n. 556, de 2011) (Produção de efeito) Sem eficácia

§ 10. Para efeito de interpretação do inciso I do § 3º, o direito ao crédito na alíquota de 60% (sessenta por cento) abrange todos os insumos utilizados nos produtos ali referidos. (Incluído pela Lei n. 12.865, de 2013)

Como se vê, a norma de regência previu a possibilidade de pessoas jurídicas agroindustriais, como a ora recorrente, apurarem “créditos presumidos do PIS/COFINS”, relativos à aquisição ou ao recebimento de insumos de pessoa física ou cooperado pessoa física, ou de pessoa jurídica com *suspensão* das contribuições, quando tais insumos forem utilizados na produção de mercadorias de origem animal ou vegetal destinadas à alimentação humana ou animal.

Já o *art. 9º da Lei 10.925/2004* dispôs sobre a referida suspensão da incidência de PIS/COFINS para a pessoa jurídica vendedora dos insumos:

Art. 9º A incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins fica *suspensa* no caso de venda: (Redação dada pela Lei n. 11.051, de 2004) (Vide Lei n. 12.058, de 2009) (Vide Lei n. 12.350, de 2010) (Vide Medida Provisória n. 545, de 2011) (Vide Lei n. 12.599, de 2012) (Vide Medida Provisória n. 582, de 2012) (Vide Lei n. 12.839, de 2013) (Vide Lei n. 12.865, de 2013) (Vide Lei n. 13.137, de 2015) (Vigência)

I - de produtos de que trata o inciso I do § 1º do art. 8º desta Lei, quando efetuada por pessoas jurídicas referidas no mencionado inciso; (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

II - de leite *in natura*, quando efetuada por pessoa jurídica mencionada no inciso II do § 1º do art. 8º desta Lei; e (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

III - de insumos destinados à produção das mercadorias referidas no *caput* do art. 8º desta Lei, quando efetuada por pessoa jurídica ou cooperativa referidas no inciso III do § 1º do mencionado artigo. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 1º O disposto neste artigo: (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

I - aplica-se somente na hipótese de vendas efetuadas à pessoa jurídica tributada com base no lucro real; e (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

II - não se aplica nas vendas efetuadas pelas pessoas jurídicas de que tratam os §§ 6º e 7º do art. 8º desta Lei. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 2º A suspensão de que trata este artigo aplicar-se-á nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal - SRF. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

Da leitura atenta do art. 9º, pode-se verificar que a própria Lei 10.925/2004 já havia deixado claras as condições para a suspensão da incidência de PIS/COFINS. As condições legais se referem: (I) aos insumos vendidos pela pessoa jurídica que se beneficiará da suspensão dos tributos (*v. caput* e incisos); (II) à pessoa jurídica *adquirente* (*v. inciso I do § 1º*); e (III) à própria pessoa jurídica *vendedora* (*v. inciso II do § 1º*). Em suma, para a implementação da suspensão legal da incidência dos tributos, as condições legais foram de ordem objetiva (relativamente aos insumos), bem como subjetiva (em relação ao vendedor e ao adquirente).

Por fim, a norma faz referência à regulamentação infralegal para a aplicação da suspensão tributária (*v. § 2º do art. 9º da Lei 10.925/2004*).

A regulamentação administrativa da suspensão da exigibilidade de PIS/COFINS, conforme mesmo apontado pela recorrente, deu-se pela *IN SRF*

660/2004. Para a correta solução da contenda, propícia a análise de outros dispositivos insertos no referido regramento. Confirmam-se:

IN SRF 660/2004: "Dispõe sobre a suspensão da exigibilidade da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a venda de produtos agropecuários e sobre o crédito presumido decorrente da aquisição desses produtos, na forma dos arts. 8º, 9º e 15 da Lei n. 10.925, de 2004":

Do âmbito de aplicação

Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina a comercialização de produtos agropecuários na forma dos arts. 8º, 9º e 15 da Lei n. 10.925, de 2004.

Da suspensão da exigibilidade das contribuições dos produtos vendidos com suspensão

Art. 2º Fica suspensa a exigibilidade da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda:

*I - de produtos *in natura* de origem vegetal, classificados na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) nos códigos:*

a) 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os códigos 1006.20 e 1006.30;

a) 10.01 a 10.08, exceto os códigos 1006.20 e 1006.30; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB n. 1.223, de 23 de dezembro de 2011)

b) 12.01 e 18.01;

*II - de leite *in natura*;*

*III - de produto *in natura* de origem vegetal destinado à elaboração de mercadorias classificadas no código 22.04, da NCM; e*

IV - de produtos agropecuários a serem utilizados como insumo na fabricação dos produtos relacionados no inciso I do art. 5º.

*§ 1º Para a aplicação da suspensão de que trata o caput, **devem ser observadas as disposições dos arts. 3º e 4º.***

§ 2º Nas notas fiscais relativas às vendas efetuadas com suspensão, deve constar a expressão "Venda efetuada com suspensão da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS", com especificação do dispositivo legal correspondente.

Das pessoas jurídicas que efetuam vendas com suspensão

Art. 3º A suspensão de exigibilidade das contribuições, na forma do art. 2º, alcança somente as vendas efetuadas por pessoa jurídica:

I - cerealista, no caso dos produtos referidos no inciso I do art. 2º;

II - que exerça cumulativamente as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel, no caso do produto referido no inciso II do art. 2º; e

III - que exerça atividade agropecuária ou por cooperativa de produção agropecuária, no caso dos produtos de que tratam os incisos III e IV do art. 2º.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por:

I - cerealista, a pessoa jurídica que exerça cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar produtos in natura de origem vegetal relacionados no inciso I do art. 2º;

II - atividade agropecuária, a atividade econômica de cultivo da terra e/ou de criação de peixes, aves e outros animais, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.023, de 12 de abril de 1990; e

III - cooperativa de produção agropecuária, a sociedade cooperativa que exerça a atividade de comercialização da produção de seus associados, podendo também realizar o beneficiamento dessa produção.

§ 2º Conforme determinação do inciso II do § 4º do art. 8º e do § 4º do art. 15 da Lei n. 10.925, de 2004, a pessoa jurídica cerealista, ou que exerça as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel de leite *in natura*, ou que exerça atividade agropecuária e a cooperativa de produção agropecuária, de que tratam os incisos I a III do *caput*, deverão estornar os créditos referentes à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, quando decorrentes da aquisição dos insumos utilizados nos produtos agropecuários vendidos com suspensão da exigência das contribuições na forma do art. 2º.

§ 3º No caso de algum produto relacionado no art. 2º também ser objeto de redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, nas vendas efetuadas à pessoa jurídica de que trata o art. 4º prevalecerá o regime de suspensão, inclusive com a aplicação do § 2º deste artigo.

Das condições de aplicação da suspensão da aplicação da suspensão (redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB n. 977, de 14 de dezembro de 2009)

Art. 4º Aplica-se a suspensão de que trata o art. 2º somente na hipótese de, cumulativamente, o adquirente:

I - apurar o imposto de renda com base no lucro real;

II - exercer atividade agroindustrial na forma do art. 6º; e

III - utilizar o produto adquirido com suspensão como insumo na fabricação de produtos de que tratam os incisos I e II do art. 5º.

§ 1º Para os efeitos deste artigo as pessoas jurídicas vendedoras relacionadas nos incisos I a III do *caput* do art. 3º deverão exigir, e as pessoas jurídicas adquirentes deverão fornecer: (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB n. 977, de 14 de dezembro de 2009)

I - a Declaração do Anexo I, no caso do adquirente que apure o imposto de renda com base no lucro real; ou (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB n. 977, de 14 de dezembro de 2009)

II - a Declaração do Anexo II, nos demais casos. (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB n. 977, de 14 de dezembro de 2009)

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º mesmo no caso em que a pessoa jurídica adquirente não exerça atividade agroindustrial. (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB n. 977, de 14 de dezembro de 2009)

§ 3º É vedada a suspensão quando a aquisição for destinada à revenda. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB n. 977, de 14 de dezembro de 2009)

Ao que se verifica, a IN SRF 660/2004, ao regular a suspensão da incidência de PIS/COFINS estabelecida pelo art. 9º da Lei 10.925/2004, deixa claro no § 1º do art. 2º que “*Para a aplicação da suspensão de que trata o caput, devem ser observadas as disposições dos arts. 3º e 4º*”.

Tem-se, pois, que, em verdade, à luz da IN 660/2004, as condições para que se opere a suspensão dos tributos se inserem não no regramento apontado pela parte recorrente (§ 2º do art. 2º da IN 660/2004), mas sim no cumprimento das disposições insertas nos arts. 3º e 4º da referida instrução normativa.

Ressalte-se que a leitura detida dos arts. 3º e 4º da IN SRF 660/2004 revela que cuidou a Administração, simplesmente, de repetir e explicitar as condições objetivas e subjetivas já previstas na Lei 10.925/2004, particularmente nos incisos e parágrafos de seu art. 9º. Aliás, não poderia o fisco agir de modo diferente, sob pena de, exorbitar de seu poder regulamentar.

Outrossim, não é demais acrescentar que, em se tratando de benefício fiscal, a instituição e as regras a ele aplicáveis dependem de lei ordinária (v. art. 97, VI, do CTN: “*Somente a lei pode estabelecer: [...] as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades*” - g.n.).

Também por essa razão, mostra-se infundada a tese do recorrente, calcada em que “*a publicidade da suspensão na nota fiscal emitida pelo fornecedor (art. 2º, § 2º, da IN SRF n. 660/06), conforme disposto no art. 9º, § 2º da Lei n. 10.92, é condição sine qua non para a aplicação da suspensão*” (fl. 229).

Como antes sublinhado, a suspensão da incidência de PIS/COFINS (art. 9º da Lei 10.925/2004) decorre da satisfação das condições subjetivas e objetivas previstas na norma instituidora, não tendo o regramento infralegal o condão de suplantar a lei ordinária nesse mister.

Nessa quadra, calha destacar o substancial ensinamento doutrinário de que “*Só interessam ao exegeta, no fato concreto subsumido à hipótese de incidência, os caracteres que tenham sido contemplados pela lei. Os demais*

são desprezíveis, por irrelevantes” (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61).

Em suma: satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos previstos na norma de regência (Lei 10.925/2004, arts. 8º e 9º), **de rigor** a suspensão do tributo (PIS/COFINS).

Daí restar evidente a impropriedade do raciocínio desenvolvido pela contribuinte recorrente, no rumo de que, “*não cumprida uma das condições elencadas pela IN SRF n. 660/06, que regulamentou o art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.925/04, a presunção inafastável será a de que houve a incidência das contribuições*” (fl. 227 - g.n.).

Nesse fio, tenho que andou bem o acórdão recorrido ao manter a denegação da segurança pleiteada, não havendo falar em direito líquido e certo à obtenção de “*crédito básico*” (Leis 10.637/2002 e 10.833/2003) de PIS/COFINS, quando presentes os pressupostos objetivos e subjetivos previstos na Lei 10.925/2004 para a suspensão do tributo na etapa anterior.

Solucionada, pois, a contenda com base nos regramentos insertos na Lei 10.925/2004, despicienda se revela a análise da pretendida violação ao art. 103, I, do CTN, mesmo porque ancorada em tese de irretroatividade de regramentos infralegais (“*Não há como se admitir, sem violar a regra da irretroatividade (art. 103, I, CTN), que a disposição ulterior do art. 19 c/c art. 22 da IN SRF n. 977/2009, que veio a lume apenas em dezembro de 2009, venha a atingir o direito de crédito de PIS e Cofins decorrente de negócios jurídicos ocorridos sem suspensão das contribuições alguns anos antes, entre 2006 e 2008*”) - fl. 232.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É o 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 **Tondo S.A.** contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 189e):

Contribuição para o PIS. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Leis n. 10.637, de 2002, n. 10.833, de 2003, e n. 10.925, de 2004.

Créditos ditos básicos. Aquisições sujeitas à suspensão da exigibilidade das contribuições.

É infundada a pretensão do contribuinte, indústria de alimentos, de aproveitar créditos ditos básicos de PIS/COFINS (art. 3º das Leis n. 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003), sobre as aquisições referidas no art. 8º, *caput* e § 1º, da Lei n. 10.925, de 2004, que efetivamente estavam sujeitas à suspensão da exigibilidade da contribuição ao PIS/COFINS de que trata o art. 9º da mesma lei.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 210e).

Interposto Recurso Especial, com amparo no art. 105, III, *a* da Constituição da República, aponta-se ofensa à lei federal nos seguintes termos:

(i) arts. 3º das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003 e 9º, § 2º, da Lei n. 10.925/2004: “não cumprida a condição elencada pela IN SRF n. 660/06, [...], a presunção inafastável será a de que houve a incidência dos tributos” (fl. 239e); e

(ii) art. 103, I, do Código Tributário Nacional: “não há como se admitir, sem violar a regra da irretroatividade [...], que a disposição ulterior do art. 19 *c/c* art. 22 da IN SRF n. 977/2009, que veio a lume apenas em dezembro de 2009, venha a atingir o direito de crédito de PIS e Cofins decorrente de negócios jurídicos ocorridos sem suspensão das contribuições alguns anos antes, entre 2006 e 2008” (fl. 232e).

Com contrarrazões, o recurso foi admitido.

O Ministério Público Federal lançou parecer, no qual opina pelo provimento da insurgência (fls. 314/318e).

Na assentada de 21.3.2023 o Sr. Relator, Ministro Sérgio Kukina, votou no sentido de negar provimento ao Recurso Especial

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

Controverte-se acerca da obtenção de créditos à luz dos arts. 3º das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, denominados ordinários, para o período de abril/2006 a maio/2008, porquanto não houve, como bem pontuou o Sr. Relator, negativa de creditamento na modalidade presumida, da qual cuida a Lei n. 10.925/2004.

Por primeiro, remarque-se a compreensão desta 1ª Turma acerca do regime jurídico estabelecido com o apontado diploma de 2004, o qual “reduz as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS incidentes na importação e na comercialização do mercado interno de fertilizantes e defensivos agropecuários e dá outras providências”.

Com efeito, restou assentado, inclusive com referência nas ementas dos acórdãos, que a Lei n. 10.925/2004:

(i) “[...] instituiu um microssistema jurídico integrado por agricultores, fornecedores de insumos e industriais, para fins de tributação da Contribuição ao PIS e da COFINS, atendendo as peculiaridades do setor agroindustrial, que sobreveio em substituição ao regime não cumulativo geral relativamente aos insumos que menciona, previsto nas Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003” (1ª T., REsp n. 1.445.843/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 5.10.2021);

(ii) “[...] instituiu o crédito presumido para o produtor de alimentos com a finalidade de incrementar a aquisição de mercadorias de pessoas físicas, que não são sujeitas ao pagamento das contribuições em referência, de modo a estimular a atividade rural e a produção de alimentos” (1ª T., REsp n. 1.440.268/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 22.6.2021); e

(iii) “apresenta-se incabível a pretensão do produtor de alimentos de acumular, na aquisição de um mesmo insumo agropecuário, eventual dedução de crédito ordinário, estabelecido nas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, com crédito presumido, disciplinado pela Lei n. 10.925/2004” e a “ilegalidade da IN SRF 660/2006, que alterou a data de início de concessão da suspensão da incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS, de 01/08/2004 para 04/04/2006, em contrariedade com a disciplina prevista no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.925/2004” (1ª T., REsp n. 1.438.140/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 6.4.2021).

Isso considerado, penso que o entendimento abraçado pelo Sr. Relator, Ministro Sérgio Kukina, não destoa da *ratio decidendi* dos aludidos julgados, inclusive no tocante à *suficiência normativa* da disciplina concernente à suspensão de tais contribuições plasmada no art. 9º da Lei n. 10.925/2004.

Assertiva, portanto, a fundamentação apresentada por Sua Excelência na sessão pretérita, assim expressa:

As condições objetivas e subjetivas para a suspensão da incidência de PIS/COFINS restaram estipuladas no art. 9º da Lei 10.925/2004, sendo certo que a IN 660/2004, em seu art. 2º, § 1º, deixa claro que, ‘para a aplicação da suspensão de que trata o *caput*, devem ser observadas as disposições dos arts. 3º e 4º. Os referidos arts. 3º e 4º simplesmente repetem e explicitam as condições objetivas e subjetivas já dispostas na lei instituidora da suspensão (Lei 10.925/2004). [...] Equivocada, portanto, a afirmação da impetrante, ora recorrente, de que, por não haver sido aposta, nas notas, a expressão ‘com suspensão de PIS/COFINS’, conforme dispunha o § 2º do art. 2º da IN 660/2004, a suspensão de tais tributos não teria ocorrido e, por conseguinte, teria havido a incidência tributária.

[...]

Solucionada, pois, a contenda com base nos regramentos insertos na Lei 10.925/2004, despicienda se revela a análise da pretendida violação ao art. 103, I, do CTN, mesmo porque ancorada em tese de irretroatividade de regramentos infralegais ("Não há como se admitir, sem violar a regra da irretroatividade (art. 103, I, CTN), que a disposição ulterior do art. 19 c/c art. 22 da IN SRF n. 977/2009, que veio a lume apenas em dezembro de 2009, venha a atingir o direito de crédito de PIS e Cofins decorrente de negócios jurídicos ocorridos sem suspensão das contribuições alguns anos antes, entre 2006 e 2008" - fl. 232).

Cumpre destacar, ainda, que, *in casu*, há resposta do Fisco à Recorrente – Solução de Consulta n. 123 - SRRF10/Disit, de 18 de outubro de 2010, cuja conclusão exhibe a seguinte dicção (fl. 38e):

Conclusão

10. Ante o exposto, responde-se à consultante que *se impõe obrigatoriamente o regime de suspensão da exigibilidade da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins nas vendas que se enquadrem nas hipóteses em que o art. 9º da Lei n. 10.925, de 2004, prescreve a aplicação da suspensão, ainda que haja o descumprimento do contido no § 2º da Instrução Normativa n. 660, de 2006.* (destaquei).

Nesse cenário, revela-se adequado o provimento jurisdicional emanado do TRF/4, o qual deve ser confirmado, porquanto a suspensão da incidência dos tributos em tela advém da lei em sentido estrito (art. 9º da Lei n. 10.925/2004) e, por conseguinte, exsurge o direito ao crédito *presumido* e não ao ordinário, como pretende a Recorrente.

Posto isso, *acompanho* o voto do Sr. Ministro Relator no sentido de *negar provimento* ao Recurso Especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.836.082-SE (2019/0262270-4)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa
Recorrente: Cencosud Brasil Comercial Ltda
Advogados: Glaucia Maria Lauletta Frascino - SP113570
Gabriela Silva de Lemos - SP208452

Paulo Camargo Tedesco - SP234916
Ariane Costa Guimaraes - DF029766
Marcio Abbondanza Morad - SP286654
Milton Dotta Neto - SP357669

Recorrido: Fazenda Nacional

Interes.: IDV - Instituto para Desenvolvimento do Varejo - “Amicus Curiae”

Advogados: Betina Treiger Grupenmacher e outro(s) - PR014840

Carolina Aparecida Martins Munhoz Simioni e outro(s) - PR035996

Matheus Schwertner Zicarelli Rodrigues e outro(s) - PR086305

Roberta Wink e outro(s) - PR093079

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Inocorrência. Arts. 1º, *caput*, § 3º, V, *a*, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.883/2003. Base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Ingresso patrimonial novo. Aquisição de produtos por varejista com desconto concedido por fornecedores. Parcela redutora do custo que não caracteriza receita do comprador. Contrapartida do adquirente para obtenção do abatimento não constitui prestação de serviço. Recurso especial parcialmente conhecido e 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 – O tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Não existência de omissão, contradição ou obscuridade.

III – Consoante previsto nos arts. 1º, § 3º, V, *a*, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.883/2003, a base de cálculo da contribuição ao

PIS e da COFINS, no regime não cumulativo, consiste no total de receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, razão pela qual o conceito jurídico de receita não se vincula àquele veiculado pela ciência das finanças. Precedente do STF.

IV – Nas relações comerciais entre agentes econômicos, o adquirente de mercadorias para revenda despende valores com a compra de produtos para desempenho de sua atividade empresarial, sendo desinfluyente a natureza jurídica dos descontos obtidos do fornecedor para a incidência das contribuições em exame quanto ao varejista, porquanto rubrica modificadora da receita de quem vende e redutora dos custos do comprador.

V – A pactuação de contrapartida a cargo do revendedor para a redução da quantia paga ao fornecedor constitui forma de composição do preço acordado na transação mercantil, motivo pelo qual não pode ser dissociada desse contexto para figurar, autonomamente, como a contraprestação por um serviço.

VI – Os descontos concedidos pelo fornecedor ao varejista, mesmo quando condicionados a contraprestações vinculadas à operação de compra e venda, não constituem parcelas aptas a possibilitar a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS a cargo do adquirente.

VII – Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, 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, após o voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento para acolher os embargos, declarando extinta a Execução Fiscal n. 0803247-92.2017.4.05.8500, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria (voto-vista), Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Sérgio Kukina (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues e Benedito Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Brasília (DF), 11 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 12.5.2023

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *Cencosud Brasil Comercial Ltda.* contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 2.629/2.630e):

Ementa Processual Civil. Tributário. Embargos à execução fiscal. PIS e COFINS. Bonificações (descontos comerciais condicionais) conferidas por fornecedores a varejista. Exclusão da base de cálculo dos tributos. Descabimento. Apelação desprovida.

1. O recurso de apelo manejado pelo contribuinte desafia sentença que inacolheu os pedidos formulados nos embargos à execução fiscal, ao argumento de que, independentemente da classificação contábil, os descontos acordados com fornecedores (bonificações) estão, no caso dos autos, condicionados a uma contraprestação de serviços (obrigação de fazer) a cargo do contribuinte/comerciante, sendo certo que, dada a sua onerosidade, caracterizam-se em auferimento de receita tributável.

2. E decidiu com acerto a decisão de primeiro grau. A teor do que preconiza a INSRF n. 51/1978, os descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal, e independe de qualquer condição futura. É dizer: não é necessário que o adquirente pratique ato subsequente ao de compra para a fruição do benefício. Daí porque, tais descontos, de fato, não integram a base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante estabelecem, respectivamente os arts. 1º, §§ 3º, incisos V, alíneas 'a', das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003.

3. Contudo, na hipótese sub examine, resta patente a existência de condições para a concessão das bonificações ou descontos comerciais, o que inibe a exclusão das receitas, auferidas nessas transações, da base de cálculo das contribuições em apreço.

4. Em verdade, no caso de que se cuida, a embargante, no período de abril de 2006 a dezembro de 2010, firmou acordos comerciais com diversos

de seus fornecedores, obtendo destes a concessão de descontos sob a forma de bonificações (sem destaque na nota fiscal). Tais acordos estabeleciam uma gama de possibilidades ao varejista para a obtenção das ditas bonificações, porém sempre atreladas a uma condição. A título ilustrativo, verifica-se a previsão das seguintes rubricas que possibilitam a concessão das vantagens: “aniversários” (a obtenção da vantagem é condicionada à divulgação dos produtos e marcas, aumento de cesta de promoções, decoração, todos alusivos à data comemorativa da rede); “espaço em gôndola” (a exposição e a oferta dos produtos devem ser organizadas em locais de destaques, ou preferenciais aos olhos dos consumidores finais, sendo periodicamente inspecionados pelos representantes dos fornecedores a fim de se certificarem do cumprimento da obrigação); “financeiro” (condicionada à pontualidade no pagamento das faturas de compra); “lançamento de produtos” (as bonificações são concedidas apenas se houver promoção de lançamento de novos produtos); “reinaugurações”; “mega desconto” (devem ser feitas inserções dos produtos promocionais dos fornecedores em material publicitário).

5. Também não colhe o argumento de que os descontos em questão constituem receita financeira, nos termos do art. 373, do Regulamento do Imposto de Renda, sujeitas, pois, a alíquota zero. Com efeito, é certo que o aludido dispositivo legal inclui os descontos obtidos no tópico que cuida das receitas financeiras. Contudo, a toda evidência, assim o faz especificamente no que atine aos “descontos financeiros” concedidos em razão de uma contraprestação de natureza igualmente financeira, a exemplo dos casos de antecipação de pagamentos, não sendo esta, consoante explicitado, a hipótese dos autos.

6. Apelação a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.251/1.254e).

Com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015: Há vícios no acórdão prolatado pelo tribunal de origem não sanados quando do julgamento dos embargos declaratórios;

II. Arts. 1º das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003: A Corte local violou a materialidade da hipótese de incidência da contribuição ao PIS e da COFINS ao concluir que os descontos obtidos pela Recorrente em ajustes comerciais com fornecedores constituem receita, porquanto tais valores representam redução de custos de aquisição;

III. Art. 110 do CTN: Os descontos concedidos pelos fornecedores “não representam remuneração de serviço pelo simples e singelo fato de que a Recorrente não é prestadora de serviço e, consequentemente, não presta qualquer serviço aos seus fornecedores” (fl. 2.736e);

IV. Art. 373 do Decreto n. 3.000/1999 (Regulamento do Imposto sobre a Renda): Eventual caracterização dos descontos como receitas não permite a incidência das contribuições sociais em exame, pois tais valores devem ser considerados como receitas financeiras as quais estavam sujeitas à alíquota zero no período de 2005 a 2015;

V. Arts. 1º, § 3º, V, a, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, 121 do Código Civil e 97, VI e 110 do CTN: As bonificações concedidas pelos fornecedores correspondem, ao contrário do assentado pelo tribunal local, a descontos incondicionais excluídos da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, sendo desnecessário o destaque nas notas fiscais de venda;

VI. Art. 142 do CTN: A fiscalização incorreu em erro de cálculo ao fazer incluir a conta contábil “Outros Descontos” no montante a apurar a título das contribuições, redundando em aumento do débito no importe aproximado de 30% do valor cobrado;

VII. Art. 3º, II, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003: Caso mantida compreensão consoante a qual os descontos e bonificações correspondem a receitas decorrentes da prestação de serviços, as Autoridades Fiscais deveriam deduzir a parcela decorrente de insumos, bens e serviços para a realização da atividade, caso contrário “[...] a exigência fiscal desrespeita a não cumulatividade, exige apenas a parte que convém (percentual da receita) e desconsidera o que não é oportuno (os créditos que reduzem o valor devido), atingindo montante convenientemente sempre muito superior ao que seria devido se a apuração fosse completa” (fl. 2.760e);

VIII. Art. 2º da Lei n. 9.784/99: Durante o curso da fiscalização foram intimados três fornecedores da Recorrente, todos com atuação no ramo alimentício, desconsiderando a existência de transações comerciais com diversas pessoas jurídicas. Além disso, “[...] em razão da resposta do fornecedor ‘Nestlé’ não ter endossado a linha de acusação almejada pelas Autoridades Fiscais para lavratura do auto de infração, referido fornecedor não foi novamente intimado para apresentar esclarecimentos adicionais à fiscalização” (fl. 2.765e), situação a demonstrar a desconformidade com a busca da verdade material;

IX. Arts. 145, 146 e 149 do CTN: O auto de infração confirmado pela Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Salvador adotou compreensão segundo a qual as bonificações concedidas pelos fornecedores são equiparáveis a descontos condicionais, conclusão anulada pela 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. No entanto, ao restabelecer o auto de infração, a 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF assentou que as bonificações mais se aproximariam do conceito de doação, inserindo, portanto, critério jurídico diverso em face do mesmo contribuinte;

X. Arts. 24 da LINDB, 2º, XIII, da Lei n. 9.784/1999 e 146 do CTN: Os créditos em cobrança se referem às competências de abril de 2006 até dezembro de 2010, período no qual a jurisprudência administrativa do CARF era favorável à tese

defendida pela Recorrente. No entanto, sobreveio alteração dessa orientação em meados de 2016, ocasião na qual se passou a considerar as bonificações como descontos condicionais não excluídos da base de cálculo das contribuições sociais objeto da lide;

XI. Arts. 4º e 7º, do CPC/15 e 16, § 2º, da Lei n. 6.830/1980: A existência de prévia decisão judicial com trânsito em julgado relativa à análise das teses suscitadas pela Recorrente em exceção de pré-executividade não é óbice à sua nova apreciação em embargos à execução fiscal;

XII. Art. 37, § 2º, II, do Decreto n. 70.235/1972: “O acórdão do CARF que deu provimento ao recurso voluntário da Recorrente adotou dois fundamentos autônomos e distintos para o cancelamento da exigência fiscal, sendo que a União, ao interpor o seu recurso especial, apresentou acórdão paradigma para apenas um dos fundamentos adotados” (fl. 2.775e);

XIII. Art. 112 do CTN: A adoção de técnica de desempate mediante voto de qualidade em julgamentos administrativos é irregular, porquanto viola os princípios do devido processo legal e da isonomia, devendo, em caso de empate, prevalecer a tese favorável ao contribuinte;

XIV. Arts. 85, § 3º, IV, e 139, I, do CPC/2015: Subsidiariamente, com a entrada em vigor do novo estatuto processual não há mais lastro legal para manter-se a remuneração pela cobrança judicial dos créditos fiscais no patamar de 20% previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/1969, sendo o caso de fixação dos honorários à luz das faixas previstas no estatuto processual.

Com contrarrazões, o recurso foi inadmitido (fls. 3.407/3.408e).

Após interposição de agravo nos próprios autos, o Vice-Presidente da Corte local, em juízo de reconsideração, admitiu o recurso (fls. 3.639/3.640e).

Às fls. 3.749/3.751e deferi a intervenção do Instituto para Desenvolvimento do Varejo – IDV como *amicus curiae*.

O Ministério Público Federal se manifestou, na qualidade de custos iuris, pelo desprovimento do recurso (fls. 3.794/3.810e).

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. Da ausência de negativa de prestação jurisdicional

Inicialmente, quanto à alegação de que o acórdão recorrido foi omissis ao não apreciar a suscitada impossibilidade de aplicação retroativa da alteração da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, o Recurso Especial cinge-se a alegações genéricas, porquanto ausente descrição precisa da similitude fática subjacente às decisões administrativas indicadas nas razões recursais, elemento indispensável para aferir se houve modificação da orientação jurisprudencial na qual fundada a insurgência.

Desse modo, a Recorrente não demonstra, com transparência e precisão, qual seria a importância da tese para o deslinde da controvérsia, o que atrai o óbice da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, no âmbito desta Corte (cf. 1ª Turma, AgInt no AREsp n. 1.134.984/MG, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, j. 20.02.2018, DJe 06.03.2018; 2ª Turma, REsp n. 1.712.328/MG, Rel. Ministro *Og Fernandes*, j. em 03.04.2018, DJe 09.04.2018).

Em relação aos demais pontos, não verifico omissão acerca de questão essencial ao deslinde da controvérsia e oportunamente suscitada, tampouco de outro vício a impor a revisão do julgado.

Consoante o art. 1.022 do estatuto processual, cabe a oposição de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e, *iii)* corrigir erro material.

A omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

O CPC/2015 considera, ainda, omissa, a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas em seu art. 489, § 1º, no sentido de não se considerar fundamentada a decisão que: *i)* se limita à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados; *iii)* invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *v)* invoca precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e, *vi)* deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobreleva notar que o inciso IV do art. 489 do referido *codex* impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado. Esposando tal entendimento, o precedente da Primeira Seção desta Corte:

Processual Civil. Embargos de declaração em mandado de segurança originário. Indeferimento da inicial. Omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal *decisum*.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi – Desembargadora Convocada TRF 3ª Região, Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

E depreende-se da leitura do acórdão integrativo que a controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao firme posicionamento jurisprudencial aplicável ao caso.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a rejeição dos embargos declaratórios uma vez ausentes os vícios do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 (*v.g.* Corte Especial, EDcl no AgRg nos EREsp 1.431.157/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 29.06.2016; 1ª Turma, EDcl

no AgRg no AgRg no REsp 1.104.181/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 29.06.2016; e 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1.334.203/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 24.06.2016).

II. Da admissibilidade do Recurso Especial

De outra parte, consigno que as questões federais debatidas à luz dos arts. 1º, *caput*, § 3º, V, *a*, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003 encontram-se satisfatoriamente prequestionadas, estando o Recurso Especial hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, pois todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anote-se que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais, consoante, inclusive, ressaltado em decisão monocrática mediante a qual o Sr. Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto contra o acórdão prolatado pela Corte *a qua* (cf. Pet n. 8.233/SE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13.06.2019).

III. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Na origem, cuida-se de embargos à execução fiscal opostos pela Recorrente, objetivando afastar a cobrança levada a cabo pela **Fazenda Nacional** na Execução Fiscal n. 0803247-92.2017.4.05.8500, referente à inclusão, na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS relativas às competências de abril de 2006 a dezembro de 2010, de valores decorrentes de redução do custo de aquisição de produtos por pessoa jurídica atuante no varejo em razão de ajustes comerciais celebrados com fornecedores (fls. 1.898/1.933e).

A sentença julgou improcedente o pedido formulado pela Embargante ao fundamento segundo o qual as bonificações ou descontos obtidos pelo varejista em decorrência de arranjos negociais incluem-se na base de cálculo das contribuições sociais em análise, por estarem condicionados a uma prestação de serviço a cargo do adquirente (fls. 2.251/2.269e).

Interposta apelação, foi improvida pela Corte *a qua* (fls. 2.601/2.612e), decisão mantida quando do julgamento de embargos declaratórios (fls. 2.704/2.708e).

A questão debatida está, portanto, em *definir se parcelas redutoras do custo de aquisição de mercadorias em decorrência de acordos comerciais celebrados entre varejistas e fornecedores, condicionadas a uma contraprestação pelo adquirente, configuram receita passível de inclusão na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo revendedor.*

IV. Moldura normativa e lineamentos doutrinários

Os dispositivos legais relativos às contribuições sociais, pertinentes à espécie, dispõem:

Lei n. 10.637/2002 (PIS)

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:

[...]

V – referentes a:

a) *vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;*

Lei n. 10.833/2003 (COFINS)

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:

[...]

V – referentes a:

a) *vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos (destaques meus).*

De acordo com a legislação, a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, no regime não cumulativo, consiste no total de receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, razão pela qual o conceito jurídico de receita não se vincula àquele veiculado pela ciência das finanças.

Aliomar Baleeiro, há muito, definiu receita como entrada qualificada, isto é, aquela que passa a integrar o patrimônio da pessoa jurídica, como elemento novo e positivo (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 158), concepção também esposada por Geraldo Ataliba:

O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo o dinheiro que ingressa nos cofres de uma entidade. Nem toda entrada é uma receita. Receita é a entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que o recebe. As receitas devem ser escrituradas separadamente das meras entradas. É que estas não pertencem à entidade que as recebe. Têm caráter eminentemente transitório. Ingressam a título provisório, para saírem, com destinação certa, em breve lapso de tempo (Estudos e Pareceres de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, Vol. 1, p. 85 - destaquei).

Ignoradas tais diretrizes, adverte Paulo de Barros Carvalho, permite-se a tributação de valores não pertencentes ao contribuinte, desvirtuando “completamente o sistema constitucional tributário brasileiro, atingindo o sujeito passivo em quantias que este não está apto a suportar, violando os princípios da capacidade contributiva e do não-confisco” (*Direito Tributário: linguagem e método*. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 837).

Ademais, ressalta Ricardo Mariz de Oliveira, “é impossível que algo que não seja receita segundo o direito possa ser considerado como tal sob a invocação de conceitos contábeis ou de qualquer outro conceito genérico” (*Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. Vol. I, p. 115 - destaquei).

Por sua vez, embora o legislador confira abrangência ampla à noção de receita bruta enquanto materialidade da hipótese de incidência das contribuições sociais em exame, há expressa previsão de rubricas excluídas desse conceito, valendo citar, por oportuno, o caso dos denominados descontos incondicionais, rubrica que permeia toda a legislação tributária.

Com efeito, além de estarem excluídos da noção de receita para os fins da contribuição ao PIS e da COFINS (cf. arts. 1º, § 3º, V, a, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003), tais parcelas não integram, por exemplo, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (arts. 2º, 25, I, e 27, I, da Lei n. 9.430/1996, e arts. 15 e 20 da Lei n. 9.249/1995) e não são compreendidas no valor da operação atinente à circulação de mercadorias e à prestação de serviços para efeito de incidência de ICMS (art. 13, § 1º, I, a, da Lei Complementar n. 87/1996).

Ademais, a Instrução Normativa SRF n. 51/1978 cuida do tema da seguinte maneira:

4. *A receita líquida de vendas e serviços é a receita bruta de vendas e serviços, diminuída:*

[...]

b) dos *descontos e abatimentos concedidos incondicionalmente; e*

[...]

4.2. *Descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos (destaque meu).*

Trata-se de parcelas redutoras do preço de operações de compra e venda ou prestação de serviços, não sujeitas a eventos futuros e incertos. Roque Antônio Carrazza leciona que os descontos incondicionais podem decorrer de “aplicação, pura e simples, de percentual fixado no próprio contrato de compra e venda mercantil”, de “abatimentos, previstos contratualmente, que serão dados quando da ocorrência de determinados eventos – como, por exemplo, no aniversário ou inauguração da empresa compradora”, ou de “vendas realizadas à empresa compradora das mercadorias em determinado período pretérito”, porém, em todo caso, as “condições para sua outorga são sempre prévias à celebração das operações sobre as quais incide” (*ICMS*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, pp. 145 e 146).

Nesse sentido, a previsão dos arts. 1º, § 3º, V, *a*, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003 elenca parcelas redutoras do preço, hipótese na qual, relativamente ao contribuinte que figura na posição de vendedor, os descontos incondicionais não se compactuam com o conceito de receita (PAULSEN, Leandro. *Contribuições: custeio da seguridade social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 190).

V. Panorama jurisprudencial

O tratamento pretoriano dispensado à matéria enfocada estabeleceu diretrizes interpretativas para os institutos ora retratados, várias delas, anote-se, consagradas em precedentes dotados de eficácia vinculante, conforme demonstrado a seguir.

V.1. Delimitação conceitual de receita bruta

Em 1992, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade da incidência do FINSOCIAL sobre a receita bruta, firmou o entendimento

segundo o qual a definição de tal base de cálculo, prevista no Decreto-Lei n. 2.397/1987, equivalia à acepção constitucional de faturamento (Tribunal Pleno, RE n. 150.755/PE, Redator do acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.12.1992, DJe 20.08.1993).

Com a edição da Lei n. 9.718/1998, o conceito de receita bruta passou a englobar a totalidade das receitas obtidas pela empresa, acepção mais tarde constitucionalizada pela EC n. 20/1998.

Contudo, a expansão conceitual antecipada da base de cálculo promovida pelo art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998, ainda sob a égide da redação original do art. 195, não foi convalidada pela tal emenda, razão pela qual o dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, “[...] no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvidas e da classificação contábil adotada” (Tribunal Pleno, RE n. 346.084/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.11.2005, DJ 1º.09.2006).

Mais tarde, reafirmou-se que “incumbe ao Supremo definir o alcance dos vocábulos ‘receita’ e ‘faturamento’ contidos na Constituição Federal” (Tema 118, Tribunal Pleno, RE n. 592.616/RS RG, Rel. Min. Menezes Direito, j. 09.10.2008, DJe 24.10.2008).

Posteriormente, em sede de precedente com efeitos *ultra partes*, a Corte definiu que a conotação de “receita” deve ser extraída da essência dos institutos e princípios próprios do direito tributário, livre de condicionantes contábeis, assim expresso:

O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, 'b', da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil. Entendimento, aliás, expresso nas Leis 10.637/02 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas sobre o total das receitas, 'independentemente de sua denominação ou classificação contábil'. Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário. Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

(STF, Tema n. 283, RE 606.107/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, DJe 22/11/2013 - destaquei).

Nesse cenário, dessume-se que o STF edificou a delimitação constitucional do conceito de receita bruta para, ao final, abraçando a clássica definição doutrinária apontada, assentar compreensão consoante a qual somente se compadece ao conceito ora em exame o *ingresso financeiro ao patrimônio do contribuinte em caráter definitivo, novo e positivo*.

V.2. Consequências tributárias dos descontos incondicionais

A 1ª Seção desta Corte, em ao menos duas oportunidades, analisou os efeitos tributários das parcelas em exame quanto a tributos diversos.

No julgamento do REsp n. 1.111.156/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 14.10.2009, DJe 22.10.2009, submetido ao regime dos recursos repetitivos (Tema n. 144), abordou-se questão alusiva à inclusão, na base de cálculo do ICMS, dos descontos incondicionais conferidos por pessoa jurídica distribuidora de cosméticos aos revendedores. Na ocasião restou assentado o entendimento segundo o qual a rubrica não integra o preço da operação mercantil. Desse modo, a vendedora não poderia ser onerada com a incorporação do montante relativo ao abatimento outorgado ao valor do negócio jurídico, entendimento atualmente consolidado na Súmula n. 457 deste Tribunal Superior (“Os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS”).

Além disso, em novo precedente de caráter vinculante, o Colegiado decidiu que o valor da operação relativa a produtos industrializados não abrange os descontos incondicionais, razão pela qual a pessoa jurídica fabricante de bebidas não pode ser impactada com a cobrança de IPI sobre os abatimentos dessa natureza concedidos aos distribuidores (cf. Tema n. 347, REsp n. 1.149.424/BA, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 28.4.2010, DJe de 7.5.2010).

Esse entendimento também foi abraçado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 567.935/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04.09.2014, DJe 04.11.2014, sob o regime de repercussão geral (Tema n. 84). No paradigma foi sedimentado que a expressão desconto incondicional diz com o abatimento dispensado pelo vendedor em transações comerciais com o intuito de reduzir o valor final praticado na operação e atrair a clientela, consoante voto proferido pelo Sr. Min. Relator, *in verbis*:

Sob a óptica jurídico-contábil, os descontos incondicionais são parcelas redutoras dos preços de compra e venda, outorgados independentemente de evento

posterior, devendo figurar no corpo da nota fiscal emitida. *Esse tipo de abatimento, também conhecido como “desconto comercial”, normalmente é utilizado para atrair clientela, repercute necessariamente no preço final praticado, ou seja, no “valor da operação”. Uma vez concedido, o valor correspondente não será pago pelo adquirente do produto, não fazendo parte do preço praticado em definitivo* (destaques meus).

Nos precedentes apontados, os efeitos da concessão das rubricas redutoras de preço foram analisados sob o enfoque da pessoa jurídica que figurava na posição de vendedora, vale dizer, do sujeito passivo responsável pela outorga do desconto, sendo desimportante, para fins tributários, a repercussão dos benefícios quanto ao adquirente de produtos ou de mercadorias.

V.3. Análise da temática pelos Tribunais Regionais Federais

Conquanto até agora inédita a análise da matéria nesta Corte sob a ótica da contribuição ao PIS e da COFINS, os Tribunais Regionais Federais vêm encampando posições divergentes sobre a natureza jurídica do montante que o *varejista*, em razão de arranjos comerciais celebrados com fornecedores, deixa de desembolsar em operações de compra e venda em virtude de descontos condicionados a contrapartidas.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região adota exegese consoante a qual o abatimento de preço, quando sujeito a uma contraprestação, constitui receita do adquirente, consoante julgado assim ementado:

Ementa Processual Civil. Tributário. Embargos à execução fiscal. PIS e COFINS. Bonificações (descontos comerciais condicionais) conferidas por fornecedores a varejista. Exclusão da base de cálculo dos tributos. Descabimento. Apelação desprovida. 1. O recurso de apelo manejado pelo contribuinte desafia sentença que inacolheu os pedidos formulados nos embargos à execução fiscal, ao argumento de que, independentemente da classificação contábil, os descontos acordados com fornecedores (bonificações) estão, no caso dos autos, condicionados a uma contraprestação de serviços (obrigação de fazer) a cargo do contribuinte/comerciante, sendo certo que, dada a sua onerosidade, caracterizam-se em auferimento de receita tributável. 2. E decidiu com acerto a decisão de primeiro grau. A teor do que preconiza a INSRF n. 51/1978, os descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal, e independe de qualquer condição futura. É dizer: não é necessário que o adquirente pratique ato subsequente ao de compra para a fruição do benefício. Daí porque, tais descontos, de fato, não integram a base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante estabelecem, respectivamente os arts. 1º, §§ 3º, incisos V, alíneas ‘a’, das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003. 3. Contudo, na hipótese sub examine, resta

patente a existência de condições para a concessão das bonificações ou descontos comerciais, o que inibe a exclusão das receitas, auferidas nessas transações, da base de cálculo das contribuições em apreço. 4. Em verdade, no caso de que se cuida, a embargante, no período de abril de 2006 a dezembro de 2010, firmou acordos comerciais com diversos de seus fornecedores, obtendo destes a concessão de descontos sob a forma de bonificações (sem destaque na nota fiscal). Tais acordos estabeleciam uma gama de possibilidades ao varejista para a obtenção das ditas bonificações, porém sempre atreladas a uma condição. A título ilustrativo, verifica-se a previsão das seguintes rubricas que possibilitam a concessão das vantagens: “aniversários” (a obtenção da vantagem é condicionada à divulgação dos produtos e marcas, aumento de cesta de promoções, decoração, todos alusivos à data comemorativa da rede); “espaço em gôndola” (a exposição e a oferta dos produtos devem ser organizadas em locais de destaques, ou preferenciais aos olhos dos consumidores finais, sendo periodicamente inspecionados pelos representantes dos fornecedores a fim de se certificarem do cumprimento da obrigação); “financeiro” (condicionada à pontualidade no pagamento das faturas de compra); “lançamento de produtos” (as bonificações são concedidas apenas se houver promoção de lançamento de novos produtos); “reinaugurações”; “mega desconto” (devem ser feitas inserções dos produtos promocionais dos fornecedores em material publicitário). 5. Também não colhe o argumento de que os descontos em questão constituem receita financeira, nos termos do art. 373, do Regulamento do Imposto de Renda, sujeitas, pois, a alíquota zero. Com efeito, é certo que o aludido dispositivo legal inclui os descontos obtidos no tópico que cuida das receitas financeiras. Contudo, a toda evidência, assim o faz especificamente no que atine aos “descontos financeiros” concedidos em razão de uma contraprestação de natureza igualmente financeira, a exemplo dos casos de antecipação de pagamentos, não sendo esta, consoante explicitado, a hipótese dos autos. 6. Apelação a que se nega provimento.

(Processo 08066662320174058500, Agravo Regimental Cível, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2ª Turma, julgamento: 21/08/2018 – destaque meu).

A Corte Regional Federal da 3ª Região trilha caminho semelhante (cf. 3ª Turma, Apelação Cível n. 0002382-80.2016.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal *Antônio Carlos Cedenho*, j. 13.04.2021, DJe 16.04.2021).

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região parte de raciocínio diverso, no sentido de ser irrelevante para o varejista a natureza dos descontos obtidos, por configurarem redução de custos e não se compadecerem ao conceito de receita, ao fundamento de que tal parcela apenas repercute na relação tributária entre a União e o fornecedor, *in verbis*:

Ementa: Tributário. Contribuições ao PIS/COFINS. Apuração de débitos. Bonificações e descontos na aquisição de mercadorias para revenda. 1. A

circunstância de o desconto ser condicional ou incondicional diz respeito à relação jurídico-tributária da União com o vendedor que auferiu a receita, e não com a menor despesa que o contribuinte teve ao adquirir as mercadorias para revenda. Ao comprar com desconto, o contribuinte reduz o seu custo de aquisição e isso não tem a natureza jurídica de receita para efeitos de incidência das contribuições ao PIS/COFINS. O fato de a redução do custo de aquisição aumentar o patrimônio líquido não tem relevância porque não se está diante de tributos que incidem sobre variação patrimonial positiva, mas sobre receitas. 2. Os descontos e as bonificações em mercadorias obtidas pelo comprador não constituem receitas passíveis de incidência das contribuições ao PIS/COFINS. 3. [...]. 4. Apelação e remessa necessária parcialmente providas. (TRF4 5052835-04.2019.4.04.7100, Segunda Turma, Relator para Acórdão Alexandre Rossato da Silva Ávila, juntado aos autos em 09/08/2022 - destaquei).

A divergência entre as Cortes Regionais decorre do ângulo mediante o qual se analisam os descontos concedidos para efeito de incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, ora centrando os olhares no adquirente que recebe o desconto, ora observando a controvérsia sob a ótica do contratante responsável pela concessão da redução no preço, premissa fundamental para a solução da questão ora em debate.

VI. Análise do caso

In casu, o tribunal de origem assentou compreensão consoante a qual a Recorrente, pessoa jurídica cuja atividade empresarial consiste no comércio varejista de produtos diversos (supermercado), “no período de abril de 2006 a dezembro de 2010, firmou acordos comerciais com diversos de seus fornecedores, obtendo destes a concessão de descontos sob a forma de bonificações (sem destaque na nota fiscal). Tais acordos estabeleciam uma gama de possibilidades ao varejista para a obtenção das ditas bonificações, porém sempre atreladas a uma condição” (fl. 2.620e).

Conforme consta do acórdão recorrido, os arranjos comerciais previam a redução do custo de aquisição de mercadorias pelo revendedor; entretanto a fruição dos abatimentos estava sujeita a algumas contrapartidas, tais como a alocação dos bens adquiridos em espaços preferenciais em gôndolas ou a divulgação de produtos e marcas em encartes de propaganda.

Por essa sistemática, o varejista, ora Recorrente, restou favorecido com a redução do importe a pagar. O fornecedor, de outra parte, foi beneficiado com formas mais atrativas de venda e de exposição de suas mercadorias ao

consumidor final e, por isso, condicionou a concessão da vantagem comercial a ações diversas a cargo do adquirente, cujo descumprimento impossibilitava a diminuição do valor estipulado para a compra e venda.

Nesse contexto, a Corte *a qua* adotou entendimento segundo o qual a redução de preço ofertada pelos fornecedores era condicional e, por isso, a quantia objeto de decote não poderia ser deduzida da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo comprador, com amparo nos arts. 1º, § 3º, V, *a*, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003.

Tal exegese, no entanto, parte de premissa equivocada, porquanto a incondicionalidade dos descontos a ser considerada para reduzir o alcance da receita tributável somente pode ser aferida sob a ótica do contribuinte que figura na posição de vendedor.

Com efeito, enquanto o fornecedor obtém receita mediante contratos de compra e venda de mercadorias, o varejista incorre em despesas para desempenho de sua atividade empresarial. Assim, somente sob o ponto de vista do alienante os descontos implicam redução da receita decorrente da transação, hipótese na qual, caso condicionais, poderão ser incluídos na base de cálculo das contribuições sociais em exame.

No entanto, sob a perspectiva da aquisição dos produtos pelo revendedor, a bonificação percebida atenua o montante a ser desembolsado a título de custo da operação. Trata-se, portanto, de redução do valor da compra dos bens a serem posteriormente comercializados, cuja análise não guarda correlação com o conceito de receita como ingresso financeiro positivo ao patrimônio do varejista. Nesse caso, a obtenção de receita somente ocorrerá quando da revenda ao consumidor, ocasião na qual terão relevância apenas eventuais abatimentos outorgados ao cliente final e não aqueles usufruídos em operações anteriores.

Dessa forma, a distinção entre a natureza dos descontos concedidos deve ser averiguada pelo Fisco na relação jurídica tributária entre a União e o contratante que auferir receita, sendo desinfluyente a análise da incidência das mencionadas contribuições sob o prisma do contribuinte, o qual, na consecução do negócio jurídico, incorre em despesas.

Dessarte, os arts. 4º da Lei n. 10.637/2002 e 5º da Lei n. 10.833/2003 arrolam as pessoas jurídicas que auferem receita como contribuintes dos tributos em exame, pois protagonizam a situação fática descrita na hipótese de incidência. Por esse motivo, não há como transpor, sem previsão legal, a sujeição passiva para um terceiro em relação ao fato jurídico tributário, mesmo

quando interveniente na relação comercial na qual houve percepção de receita, porquanto a qualidade de responsável exige previsão legal expressa, na forma do art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN.

Ademais, os arts. 1º, § 3º, V, *a*, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 estatuem não integrar a base de cálculo das contribuições em exame “[...] os descontos incondicionais concedidos”, reputando, por conseguinte, que a pessoa jurídica responsável pela concessão dos descontos – e não a beneficiária – é impactada com a redução da receita bruta.

O item 4.2 da Instrução Normativa SRF n. 51/1978 também elenca tais rubricas como “[...] parcelas redutoras do preço de venda [...]”, sempre tomando por parâmetro o sujeito responsável por outorgar o benefício.

Desse modo, a legislação estabelece o ângulo do vendedor como elemento estrutural da noção de descontos e somente nesse sentido é possível avaliar os impactos tributários decorrentes da redução do valor pactuado na compra e venda, perspectiva amparada pela supracitada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Essa compreensão também restou externada pelo Instituto para Desenvolvimento do Varejo – IDV, *amicus curiae* cujo pedido de intervenção foi deferido, consoante manifestação subscrita pela Professora Betina Treiger Grupenmacher, nos seguintes termos (fls. 3.674/3.675e):

12. *Assim, quaisquer que sejam os descontos praticados entre fornecedores e varejistas, não representam receita para os últimos, pois quem compra produtos incorre em despesa (custo), nunca em receita.*

13. *A vantagem econômica do comprador, estabelecida em acordos comerciais, jamais poderá ser considerada receita, porque o comprador sempre realiza um desembolso/pagamento, não apura receita que resulte em aumento de seu Patrimônio Líquido.*

[...]

15. *Assim, o conceito de receita está sempre atrelado ao ingresso de recursos financeiros e as bonificações e descontos têm consequências precisamente opostas, pois representam uma economia para o comprador, em razão da redução do custo de aquisição. Na esteira de tal entendimento, não é o comprador quem fatura quando adquire produtos, mas o vendedor quando recebe o preço. O comprador suporta custos e despesas, paga o preço, não auferir receita (destaques meus).*

Por outro lado, a adoção de concepção diversa permite que o Fisco considere os descontos condicionais decorrentes de um único vínculo contratual sinalagmático como receita, simultaneamente, do vendedor e do comprador. Nessa hipótese, a União resta duplamente beneficiada pela mera alteração do prisma pelo qual se observa a natureza jurídica das parcelas em questão.

A rigidez de conceitos, inerente ao sistema tributário nacional e detalhadamente disciplinada pela Constituição, não autoriza tal maleabilidade, porquanto a interpretação da regra tributária deve guardar pertinência com o critério eleito pela lei para mensurar o aspecto material da hipótese de incidência – *in casu*, a receita bruta –, não sendo possível alçar, em um mesmo contexto fático e sem perda de coerência conceitual, idêntica parcela correspondente ao patamar do desconto às bases de cálculo das contribuições devidas por ambos os contratantes, sob pena de ampliar o âmbito eficaz da norma de competência tributária e de contrariar o disposto no art. 110 do CTN, o qual obsta o exercício da discricionariedade do legislador tributário tendente a atribuir a institutos de direito privado, utilizados em normas de superior hierarquia, significação diversa daquela pertinente a esse mesmo domínio.

Por oportuno, vale frisar que a tese ora estampada não inviabiliza a apreciação do alcance dos descontos pela contribuição ao PIS e pela COFINS. Ao Fisco permite-se efetuar investigação dessa natureza, desde que direcione a fiscalização ao sujeito passivo encarregado da concessão dos abatimentos. No entanto, não há como alterar a lógica aplicável à relação jurídica discutida para transformar as despesas incorridas pelo varejista em receitas.

Assim, a análise da relação tributária pela Corte de origem, em meu sentir, partiu do equivocado pressuposto segundo o qual a Recorrente, ao desembolsar valores para aquisição de mercadorias com descontos, obteve receita, destoando do regramento relativo à contribuição ao PIS e à COFINS previsto nos arts. 1º, *caput*, § 3º, V, *a*, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, os quais foram indevidamente aplicados na espécie.

Na mesma linha, também não é viável considerar correta a exegese lançada no acórdão recorrido no sentido de que as condições fixadas pelo fornecedor para o gozo dos descontos configuram prestação de serviços e, por isso, a diminuição da quantia a pagar pelo varejista na operação de compra e venda equivale à remuneração pelos encargos previstos no contrato.

Com efeito, a composição do preço praticado em contratos de compra e venda celebrados entre sociedades empresárias leva em consideração uma gama

elevada de arranjos comerciais – tais como prazos de entrega, condições de pagamento, vantagens publicitárias ou mesmo a relação pretérita entre as partes –, de modo que a diminuição do valor a ser despendido pela Recorrente na aquisição de mercadorias, embora atrelada a uma contraprestação em favor do fornecedor, não pode ser dissociada desse contexto para figurar, autonomamente, como a contraprestação por um serviço, sob pena de modificar a essência do negócio jurídico pactuado.

Ajustes dessa natureza são ancorados no princípio da liberdade de contratar, o qual confere aos agentes econômicos margem de apreciação acerca dos elementos relevantes para a fixação do preço avençado. Desse modo, a despeito das variadas formas pelas quais são negociados os descontos sujeitos a contrapartidas por parte adquirente, as tratativas são intrinsecamente ligadas ao contrato de compra e venda com o escopo de reduzir a quantia paga pelo varejista e de permitir ao vendedor a obtenção de proveitos comerciais.

Por oportuno, vale ressaltar que o tribunal *a quo* efetuou transcrição detida das bonificações concedidas pelos fornecedores sob a forma de descontos financeiros, sempre atreladas ao negócio jurídico principal, consoante os seguintes trechos, *in verbis* (fls. 2.604/2.605e):

3.1. Aniversário

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à divulgação de seus produtos e marcas, através de mídia, decoração de lojas e aumento na cesta de promoções aos clientes, todos alusivos ao Aniversário da rede G Barbosa. O material promocional do evento “Aniversário G Barbosa” é disponibilizado aos fornecedores para aprovação e quaisquer consultas, quando necessárias.

3.2. Espaço em Gôndola

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à ocupação preferencial de espaços em gôndolas. Os promotores de venda dos fornecedores, durante as suas visitas periódicas às lojas, conferem a arrumação dos produtos afim de se certificarem do cumprimento da condição para a concessão da bonificação.

3.3. Exposição check out contrato

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à exposição dos produtos nos espaços próximos aos

PDVs, como forma de incentivar a venda dos produtos. Tal como ocorrido na modalidade “Espaço em Gôndola” os promotores de venda dos fornecedores inspecionam o cumprimento da condição para a concessão da bonificação.

[...]

3.5. Financeiro

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas ao cumprimento da pontualidade do pagamento das faturas pelo G Barbosa conforme prazos de pagamentos definidos em contrato.

3.6. Inaugurações de Contrato

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas a inaugurações de lojas G Barbosa.

3.7. Lançamentos de Produto

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à promoção de lançamentos de novos produtos.

3.8. Logística

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à opção de utilização de plataforma logística de G Barbosa (distribuição de produtos, armazenagem temporária, etc).

3.9. Mensalidade edi

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à opção de utilização de pedido eletrônico de produtos.

3.10. Ponto Adicional

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à ocupação de espaço de venda especial (“ilha de venda” ou “ponta de gôndola”). Tal como descrito nas modalidades de “Espaço Gôndola” e “Espaço check out contrato”, os promotores de venda dos fornecedores inspecionam, durante suas visitas periódicas as lojas, o cumprimento da condição da bonificação.

3.11. Tablóide Semanal

Resposta:

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à divulgação de seus produtos e marcas, através

de encartes de propaganda. O material promocional do “Tablóide Semanal” é disponibilizado aos fornecedores para aprovação e quaisquer consultas, se necessárias.

3.12. Reinaugurações

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas à reinauguração de lojas.

3.13. VPC

Resposta

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, mídia televisiva, encartes, lâmina, desde que constem nesta inserção dos produtos dos fornecedores. O material de propaganda é disponibilizado aos fornecedores para aprovação e quaisquer consultas, se necessárias.

3.14. Mega Descontão

Resposta

Refere-se às bonificações concedidas pelos fornecedores, sob a forma de desconto financeiro, condicionadas ao evento promocional “Mega Descontão”, onde constem inserções de marcas e produtos dos fornecedores em material publicitário (tablóides, mídia televisiva, participação de eventos, etc). O material de propaganda é disponibilizado aos fornecedores para aprovação e quaisquer consultas, se necessárias (destaques meus).

Esses elementos constantes do acórdão recorrido demonstram que as contrapartidas sob responsabilidade da Recorrente possuem íntima relação com o objeto central da avença, razão pela qual não consistem em autônoma prestação de serviços, mas apenas dados levados em conta pelos contratantes para avaliar a composição do preço das transações empresariais.

Em suma, os descontos concedidos pelo fornecedor ao varejista, mesmo quando condicionados a contraprestações vinculadas à operação de compra e venda, não constituem parcelas aptas a possibilitar a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS a cargo do adquirente.

Não se trata, como alega a Recorrida, de ampliar o alcance de um benefício fiscal sem amparo em lei, pois a conclusão ora alcançada repercute na perfectibilização da materialidade da hipótese de incidência da contribuição ao PIS e da COFINS. Os arts. 1º, § 3º, V, *a*, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003 estabelecem rubricas não incluídas no conceito de receita e, portanto, não tratam de benefícios fiscais cuja interpretação restritiva deve ser observada, motivo pelo qual não há violação ao art. 111 do CTN.

Além disso, advirta-se descaber a aplicação, ao caso em tela, do entendimento firmado pela Segunda Turma desta Corte na apreciação do REsp n. 1.446.354/RS, Rel. Min. Og Fernandes, porquanto nesse paradigma foi analisada situação absolutamente distinta, qual seja, a incidência monofásica da contribuição ao PIS e da COFINS prevista na Lei n. 10.485/2002 quanto às pessoas jurídicas fabricantes e revendedoras de automóveis, ocasião na qual restou afastada a tese do contribuinte no sentido de que as bonificações recebidas pela concessionária em razão de operações de revenda já haviam sido objeto de tributação anterior.

Com efeito, no apontado precedente considerou-se a previsão legal de incidência monofásica das contribuições, concentrando os impactos tributários em um dos contribuintes da cadeia produtiva relativamente a parte das receitas obtidas. Todavia, o entendimento então sufragado não guarda pertinência ao deslinde da presente controvérsia, porquanto ausente disposição semelhante.

Diante desse quadro, as conclusões adotadas pelo tribunal de origem violam o disposto nos arts. 1º, *caput*, § 3º, V, *a*, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, impondo-se o provimento do Recurso Especial.

Em consequência, prejudicado o exame das demais teses suscitadas.

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais em favor do patrono da parte recorrida está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou de improvemento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/2015), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau recursal, revelando-se indevida sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

Na aferição do montante a ser arbitrado a título de honorários recursais, deverão ser considerados o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte recorrida e os requisitos previstos nos §§ 2º a 10 do art. 85 do estatuto processual civil de 2015, sendo desnecessária a apresentação de contrarrazões (*v.g.* STF, Pleno, AO 2.063 AgR/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, j. 18/05/2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

Assim, tratando-se de recurso sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, considerada a fundamentação apresentada e caracterizada a hipótese de provimento de recurso, de rigor a inversão dos ônus sucumbenciais, para o fim de condenar a Recorrida ao reembolso das despesas processuais e ao pagamento dos honorários advocatícios, incidentes sobre o valor atualizado da causa, a teor do art. 85, §§ 3º, I a V, 4º, III, e 5º do referido *codex*, observados os percentuais mínimos do inciso correspondente.

Isto posto, **conheço parcialmente** do Recurso Especial e, nessa extensão, **dou-lhe provimento** para acolher os embargos, declarando extinta a Execução Fiscal n. 0803247-92.2017.4.05.8500.

Invertidos os ônus sucumbenciais.

É o voto.

VOTO-VISTA

Após o bem-lançado voto da eminente relatora, Ministra *Regina Helena Costa*, na sessão de julgamento de 29/11/2022, em que conheceu parcialmente do recurso especial da *Cencosud Brasil Comercial Ltda.* e, nessa extensão, deu-lhe provimento para acolher os embargos, declarando a extinta a execução fiscal, no que foi acompanhada pelo eminente Ministro *Manoel Erhardt*, solicitei vista dos autos para melhor exame do recurso especial.

Eis a ementa do acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (e-STJ fls. 2.629/2.630):

Processual Civil. Tributário. Embargos à execução fiscal. PIS e COFINS. Bonificações (descontos comerciais condicionais) conferidas por fornecedores a varejista. Exclusão da base de cálculo dos tributos. Descabimento. Apelação desprovida.

1. O recurso de apelo manejado pelo contribuinte desafia sentença que inacolheu os pedidos formulados nos embargos à execução fiscal, ao argumento de que, independentemente da classificação contábil, os descontos acordados

com fornecedores (bonificações) estão, no caso dos autos, condicionados a uma contraprestação de serviços (obrigação de fazer) a cargo do contribuinte/comerciante, sendo certo que, dada a sua onerosidade, caracterizam-se em auferimento de receita tributável.

2. E decidiu com acerto a decisão de primeiro grau. A teor do que preconiza a INSRF n. 51/1978, os descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal, e independe de qualquer condição futura. É dizer: não é necessário que o adquirente pratique ato subsequente ao de compra para a fruição do benefício. Daí porque, tais descontos, de fato, não integram a base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante estabelecem, respectivamente os arts. 1º, §§ 3º, incisos V, alíneas 'a', das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003.

3. Contudo, na hipótese, resta patente a existência de condições para a concessão sub examine das bonificações ou descontos comerciais, o que inibe a exclusão das receitas, auferidas nessas transações, da base de cálculo das contribuições em apreço.

4. Em verdade, no caso de que se cuida, a embargante, no período de abril de 2006 a dezembro de 2010, firmou acordos comerciais com diversos de seus fornecedores, obtendo destes a concessão de descontos sob a forma de bonificações (sem destaque na nota fiscal). Tais acordos estabeleciam uma gama de possibilidades ao varejista para a obtenção das ditas bonificações, porém sempre atreladas a uma condição. A título ilustrativo, verifica-se a previsão das seguintes rubricas que possibilitam a concessão das vantagens: "ANIVERSÁRIOS" (a obtenção da vantagem é condicionada à divulgação dos produtos e marcas, aumento de cesta de promoções, decoração, todos alusivos à data comemorativa da rede); "espaço em gôndola (a exposição e a oferta dos produtos devem ser organizadas em locais de destaques, ou preferenciais aos olhos dos consumidores finais, sendo periodicamente inspecionados pelos representantes dos fornecedores a fim de se certificarem do cumprimento da obrigação); "financeiro" (condicionada à pontualidade no pagamento das faturas de compra) "lançamento de produtos" (as bonificações são concedidas apenas se houver promoção de lançamento de novos produtos); "mega desconto" (devem ser feitas inserções dos produtos promocionais dos fornecedores em material publicitário).

5. Também não colhe o argumento de que os descontos em questão constituem receita financeira, nos termos do art. 373, do Regulamento do Imposto de Renda, sujeitas, pois, a alíquota zero. Com efeito, é certo que o aludido dispositivo legal inclui os descontos obtidos no tópico que cuida das receitas financeiras. Contudo, a toda evidência, assim o faz especificamente no que atine aos "descontos financeiros" concedidos em razão de uma contraprestação de natureza igualmente financeira, a exemplo dos casos de antecipação de pagamentos, não sendo esta, consoante explicitado, a hipótese dos autos.

6. Apelação a que se nega provimento.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 2.704/2.708).

De início, também não vislumbro ofensa aos arts. 489, § 1º, IV e 1.022 do CPC/2015, porquanto todos os pontos relevantes para o deslinde da controvérsia foram devidamente analisados no acórdão recorrido, não havendo negativa de prestação jurisdicional a ser reconhecida.

Os autos versam sobre a incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS sobre descontos condicionados (oferecidos mediante contrapartida do adquirente das mercadorias, tais como exposição em locais privilegiados no estabelecimento do comprador, divulgação especial dos produtos, pontualidade no pagamento de faturas, etc.) e bonificações (quando há entrega de quantidade superior de mercadorias, sem a necessária contrapartida).

In casu, constato a pertinência dos fundamentos do voto da eminente Ministra *Regina Helena Costa*, especialmente quanto à compreensão de que, em relação ao comerciante varejista, caso da recorrente, as mencionadas rubricas (descontos condicionados ou bonificações) devem ser classificadas como meras redutoras do custo de aquisição de mercadorias, e não como receita, de modo que haveria uma premissa equivocada da autoridade tributária ao exigir tal tributação.

Cabe lembrar que, no regime não cumulativo, a Contribuição ao PIS e a COFINS incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, à luz do disposto no art. 1º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003.

Sob o ponto do varejista, na relação comercial havida com seus fornecedores, os descontos condicionados e bonificações não configuram receita, mas despesa decorrente da aquisição de produtos, ainda que presentes tais benefícios.

Transcrevo excerto da doutrina da Professora Betina Treiger Grupenmacher, mencionada no voto da eminente Ministra *Regina Helena Costa*: “[...] quaisquer que sejam os descontos praticados entre fornecedores e varejistas, não representam receita para os últimos, pois quem compra produtos incorre em despesa (custo), nunca em receita”. Adiante, conclui, acertadamente, Sua Excelência:

Dessa forma, a distinção entre a natureza dos descontos concedidos deve ser averiguada pelo Fisco na relação jurídica tributária entre a União e o contratante que auferir receita, sendo desinfluyente a análise da incidência das mencionadas contribuições sob o prisma do contribuinte, o qual, na consecução do negócio jurídico, incorre em despesas.

Dessarte, os arts. 4º da Lei n. 10.637/2002 e 5º da Lei n. 10.833/2003 arrolam as pessoas jurídicas que auferem receita como contribuintes dos tributos em exame, pois protagonizam a situação fática descrita na hipótese de incidência. Por esse motivo, não há como transpor, sem previsão legal, a sujeição passiva para um terceiro em relação ao fato jurídico tributário, mesmo quando interveniente na relação comercial na qual houve percepção de receita, porquanto a qualidade de responsável exige previsão legal expressa, na forma do art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN.

Ante o exposto, acompanho o voto da eminente Ministra relatora para *conhecer parcialmente* do recurso especial e, nessa extensão, *dar-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.979.141-AC (2021/0405969-5)

Relator: Ministro Paulo Sérgio Domingues

Recorrente: Fundação Universidade Federal do Acre

Recorrente: Sebastião Afonso Viana Macedo Neves

Advogado: Geraldo Neves Zanotti - AC002252

Advogados: Mariha Oliveira Macedo Neves Viana - DF042024

Luiz Antonio Viudes Calhao Filho - DF041269

Peter Rodrigues Fernandes - DF055526

Bruno Silva de Araujo - DF060742

Recorrido: Fundação Universidade Federal do Acre

Recorrido: Sebastião Afonso Viana Macedo Neves

Advogado: Geraldo Neves Zanotti - AC002252

Advogados: Mariha Oliveira Macedo Neves Viana - DF042024

Luiz Antonio Viudes Calhao Filho - DF041269

Peter Rodrigues Fernandes - DF055526

Bruno Silva de Araujo - DF060742

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial da UFAC. Deficiência de fundamentação. Não indicação dos dispositivos legais pretensamente violados. Súmula 284/STF. Não conhecimento.

- O recurso especial constitui meio de impugnação qualificado pela fundamentação vinculada, de modo que o recorrente não possui liberdade argumentativa plena na exposição dos fundamentos de sua pretensão recursal. Dentre outros, impõe-se ao recorrente o ônus da explicitação indubitosa do dispositivo legal que teria sido violado pelo acórdão recorrido, sendo insuficiente para o conhecimento do recurso a mera referência *en passant* a este ou àquele dispositivo, ou ainda a simples alusão a diploma legal como um todo, sem a exata discriminação do dispositivo tido por infringido pelo tribunal *a quo*.

- Não se conhece do recurso especial que, por deficiência técnica de impugnação, deixa de apontar, de maneira clara e fundamentada, quais os dispositivos legais que teriam sido pretensamente violados pelo acórdão recorrido. Incidência do óbice da Súmula 284/STF (*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*), aplicável, por analogia, ao recurso especial.

Processual Civil. Recurso especial do servidor. Violação a dispositivo constitucional. Não conhecimento. Violação a ato normativo de natureza infralegal. Não conhecimento. Violação ao art. 1.022, I, do CPC. Inocorrência. Administrativo. Servidor público. Carreira do Magistério Federal Superior. Afastamento para o exercício de mandato eletivo federal. Direito do servidor, previsto em lei geral (Lei 8.112/90, art. 94, I) e acolhido pela Lei Especial da Carreira (Lei 12.772/2012, art. 30). Período de afastamento que deve ser considerado para todos os efeitos, exceto promoção por merecimento (Lei 8.112/90, art. 102, V). Progressão funcional. Instrumento de desenvolvimento na carreira que com a promoção não se confunde. Norma restritiva de direito que não pode ser interpretada de maneira extensiva, de maneira a abranger a pretendida progressão. Avaliação de desempenho. Requisito legal para o desenvolvimento na carreira que, por impossibilidade material de cumprimento no período do regular afastamento, não deve servir de óbice à progressão. Precedente do STF em caso análogo.

- Não se conhece de recurso especial naquilo em que apontada violação a dispositivo constitucional - no caso, o art. 38 da Constituição Federal -, haja vista que é o recurso extraordinário o instrumento adequado para a veiculação de pretensão recursal fundamentada na infringência a dispositivos constitucionais, cuja competência decisória

é constitucionalmente reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Primeira Turma do STJ.

- Não se conhece de recurso especial na parte em que alegada violação a atos normativos de natureza infralegal – no caso, a Resolução Consup 12/2009 – por não se equipararem tais atos, como regra, ao conceito de “lei federal” constante do art. 105, III, *a*, da Constituição Federal. Precedentes da Primeira Turma do STJ.

- Inexiste violação ao art. 1.022, I, do CPC quando o acórdão recorrido revele-se fundamentado de maneira satisfatória, razoável e suficiente, tendo sido apreciados, conjunta ou isoladamente, todos os argumentos apresentados pelo recorrente. Orientação pacífica do STJ de que não há vício no julgado tão somente pelo fato de a solução conferida à controvérsia ter sido diversa daquela desejada pela parte.

- O art. 102, V, da Lei 8.112/90 estabelece que o servidor público tem o direito de computar como de efetivo exercício, para todos os efeitos de direito, o afastamento para o desempenho de mandato eletivo federal, estadual, distrital ou municipal, *exceto para promoção por merecimento*. Direito que, previsto na lei geral dos servidores civis federais (Lei 8.112/90, art. 94, I), aplica-se claramente ao caso concreto, pois que a lei especial, restrita ao universo de servidores do Magistério Federal, é expressa nesse sentido (Lei 12.772/2012, art. 30).

- *Progressão e promoção* são conceitos juridicamente determinados e sensivelmente distintos. A progressão funcional é o instrumento para o desenvolvimento na carreira por meio do qual se dá a passagem do servidor para o nível de vencimento imediatamente superior dentro de uma mesma classe; a promoção, por sua vez, é a passagem do servidor de uma classe para outra subsequente, de maior hierarquia ou relevância funcional.

- Havendo, como há, notória diferença entre dois institutos jurídicos, fere a boa hermenêutica aplicar indiscriminadamente ao primeiro - à progressão - o plexo de normas jurídicas estabelecido para regulamentar o segundo - a promoção -, especialmente quando a regra legal incide para limitar direitos assegurados ao servidor. A regra limitadora de direitos, como sabido, interpreta-se de maneira estrita, jamais extensiva, sendo lícito ao servidor, então, que seja computado em seu proveito, como de efetivo exercício do cargo, o afastamento decorrente do desempenho de mandato eletivo, preenchendo-

se, assim, o requisito do interstício temporal de 24 meses para a pretendida progressão funcional, tal como previsto no art. 12, § 2º, I, da Lei 12.772/2012.

- Quanto ao preenchimento do requisito legal da avaliação de desempenho para fins de progressão funcional, considera-se que a lei deve ser interpretada de maneira aderente à realidade dos fatos, não se admitindo, por essa razão, interpretações que conduzam à imposição, ao destinatário da norma, de obrigações inexecutáveis (*ad impossibilia nemo tenetur*).

- O servidor afastado para o exercício de mandato eletivo federal está, licitamente, usufruindo de um direito previsto em lei. Ainda que, no plano *jurídico*, o afastamento do cargo seja de todo lícito, certo é que, no plano *material*, não houve desempenho concreto das funções inerentes ao cargo pelo servidor durante o período de *lícito* afastamento. Daí que, por consequência lógico-jurídica, não se pode impor ao servidor, para fins de obtenção da pretendida progressão funcional, o preenchimento de um requisito legal que apenas formalmente é passível de cumprimento por todo e qualquer servidor, mas que, materialmente, é irrealizável por aquele que se encontra em gozo do legítimo direito de afastamento.

- Existência, na espécie, de um *discrímen* razoável e legítimo entre os servidores ocupantes de cargos públicos da carreira do Magistério Federal Superior, em situação em tudo equivalente àquela extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu, sob o regime da repercussão geral (Tema 439/STF), a possibilidade de se afastar a exigência de avaliação de desempenho para a ascensão funcional de servidores diante de flagrante *impossibilidade material* de cumprimento da obrigação legal (RE n. 606.199/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 09/10/2013, DJe 07/02/2014).

- Recurso especial da Fundação Universidade Federal do Acre (UFAC) não conhecido. Recurso especial do servidor conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma, por unanimidade, não conhecer

do recurso especial da UFAC e conhecer parcialmente do recurso especial do servidor e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de junho de 2023 (data do julgamento).

Ministro Paulo Sérgio Domingues, Relator

DJe 20.6.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues: Cuida-se de recursos especiais interpostos por *Fundação Universidade Federal do Acre e Sebastião Afonso Viana Macedo Neves* para impugnar acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região cuja ementa é a que segue:

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público federal. Carreira de magistério superior. Afastamento de professor para exercício de mandato eletivo. Progressão funcional na carreira acadêmica. Possibilidade antes da edição da Lei 12.772/2012 mediante cumprimento do requisito temporal de 4 (quatro) anos de atividade em órgão público. Sistemática vigente após a Lei 12.772/2012. Progressão condicionada à aprovação em avaliação de desempenho. 1. Mandado de Segurança em que Sebastião Afonso Viana Macedo Neves sustenta possuir direito líquido e certo a progressão funcional na carreira de Professor de Magistério Superior da Fundação Universidade Federal do Acre – UFAC no período entre 2006 e 2018, durante o qual esteve afastado das atividades docentes em razão do desempenho de mandatos eletivos de Senador e de Governador do Estado do Acre. 2. O direito vindicado foi reconhecido na instância de origem apenas em relação ao período de 2006 a 2010, por entender o magistrado que, antes da entrada em vigor da Lei 12.772/2012, o arcabouço jurídico que normatizava a carreira de Magistério Superior – Lei 7.596/87 e Decreto 94.664/87 – autorizava a progressão mediante o interstício de 4 (quatro) anos de atividade em órgão público, sem exigência de avaliação de desempenho. 3. Conforme o art. 16 do Decreto 94.664/87, para a progressão de um nível para outro, imediatamente superior, dentro da mesma classe, era necessário o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos no nível respectivo cumulado com avaliação de desempenho. A progressão e a promoção eram também admitidas mediante interstício de 4 (quatro) anos de atividade em órgão público, nesse caso sem exigência de avaliação de desempenho. 4. Sem possibilidade de se submeter à avaliação de desempenho

na Universidade, em razão do afastamento para o exercício de mandato eletivo, a progressão funcional do impetrante se deu mediante o cumprimento do requisito de 4 (quatro) anos junto ao poder público, nos termos do art. 16 do Decreto 94.664/87. 5. Alterando a sistemática da Lei 7.596/87 e do Decreto 94.664/87, a Lei 12.772/2012 passou a exigir, de forma mais ampla, a avaliação de desempenho do docente para o deferimento de progressão/remoção na carreira de Magistério Superior, suprimindo o mero exercício em órgão público como condição suficiente à mudança de patamar funcional. 6. Como bem observado pelo juízo de origem, “na medida em que a progressão funcional visa estimular o titular de cargo público a aperfeiçoar-se e, dessa maneira, tornar mais eficiente a prestação do serviço público, em atenção ao princípio da eficiência administrativa, previsto no artigo 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, a nova lei não admite a contagem, para fins de progressão, do tempo exercido em outras atividades, sem que tenha sido submetido à avaliação de desempenho. A pretensão vindicada quanto ao período subsequente à Lei 12.772/2012, portanto, é contrária à própria finalidade da progressão funcional, que é o reconhecimento do desempenho funcional do docente”. 7. Não prospera a pretensão do impetrante quanto ao período posterior à vigência da Lei 12.772/2012. Assim sendo, em nada lhe favorece a dicção do art. 30 (“Art. 30. O ocupante de cargos do Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Federal, sem prejuízo dos afastamentos previstos na Lei 8.112, de 1990, poderá afastar-se de suas funções, assegurados todos os direitos e vantagens a que fizer jus”), porque a legislação não lhe garante o pretendido direito durante seu afastamento. 8. Ainda que o inciso V do art. 102 da Lei 8.112/90 considere como de efetivo exercício o afastamento para desempenho de mandato eletivo, remanesce, para progressão funcional (Lei 12.772/2012) a necessidade de cumular os requisitos de tempo e de aprovação em avaliação de desempenho. 9. A Resolução CONSUP 12/2009, mencionada na argumentação do impetrante, é anterior à Lei 12.772/2012, além de não ter efeito quanto às disposições contrárias à lei, tendo em vista a prevalência da orientação estabelecida na norma superior. 10. Havendo o impetrante se vinculado à UFPA em 2006, sua primeira progressão ocorre após o decurso do interstício de 4 (quatro) anos, que findou em 2010. Portanto, não há como se acolher o pedido subsidiário de aplicação do interstício extraordinário de 18 (dezoito) meses previsto no art. 34 da Lei 12.772/2012 para o período subsequente, entre outubro/2010 e fevereiro/2012, porque o aludido dispositivo legal dispõe expressamente que referido prazo somente pode ser utilizado “para a primeira progressão ou promoção a ser realizada”. 11. Apelações do impetrante e da UFAC não providas.

Opostos embargos declaratórios pelo recorrente Sebastião Afonso Viana Macedo Neves, foram eles rejeitados (fls. 484/496).

Em seu recurso especial (fls. 510/515), interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, a Fundação Universidade Federal do Acre (UFAC) alega erro de julgamento por violação à Lei n. 7.596/87, não se

podendo cogitar de promoção ou progressão funcional por mero decurso de tempo, sem avaliação de desempenho do servidor, uma vez que é pressuposto da ascensão funcional o efetivo exercício do cargo.

Por sua vez, o recorrente Sebastião Afonso Viana Macedo Neves, em recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, alega violação ao art. 38 da Constituição Federal; ao art. 1.022, I, do CPC; ao art. 102 da Lei 8.112/90; ao art. 30 da Lei 12.772/2012; e à Resolução Consup 12/2009. Defende-se que o acórdão recorrido não observou que, no caso concreto, não rege a controvérsia a regra do art. 12 da Lei 12.772/2012, mas sim o art. 30 do mesmo diploma legal em sua combinação com o art. 102, V, da Lei 8.112/90, já que se trata de servidor afastado de suas funções para desempenho de mandato eletivo federal, para quem, portanto, mostrava-se impossível o preenchimento do requisito da avaliação de desempenho.

A Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região admitiu ambos os recursos especiais (fls. 561/562 e fls. 570/571), que foram remetidos a esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues (Relator): Consigno, de saída, que não cabe conhecer do recurso especial interposto pela recorrente UFAC, ante o não preenchimento de requisito específico de admissibilidade.

É que a recorrente, nas razões do recurso especial, descurou-se do ônus de apontar, de maneira clara e fundamentada, quais os dispositivos legais que teriam sido pretensamente violados pelo acórdão recorrido, deficiência técnica de impugnação que impede o tribunal de conhecer do recurso, com amparo no entendimento consolidado na Súmula 284/STF (*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*).

Relembre-se, no ponto, que o recurso especial constitui meio de impugnação qualificado pela *fundamentação vinculada*, o que significa dizer que o recorrente não possui liberdade argumentativa plena na exposição dos fundamentos jurídicos de sua pretensão recursal. Impõe-se ao recorrente, dentre outros, o ônus da explicitação indubitosa do dispositivo legal que teria sido violado pelo acórdão recorrido, sendo insuficiente para o conhecimento do

recurso a mera referência *en passant* a este ou àquele dispositivo, ou ainda a simples alusão a diploma legal como um todo, sem a exata discriminação do dispositivo tido por infringido pelo tribunal *a quo*.

Nesse sentido, já se decidiu que “*a simples menção a normas infraconstitucionais, feita de maneira esparsa e assistemática no corpo das razões do Recurso Especial, não supre a exigência de fundamentação adequada do apelo especial. Incidência, por analogia, da Súmula 284 do STF*” (STJ, AgInt no AREsp n. 1.928.578/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/3/2022, DJe de 28/3/2022).

No mesmo sentido, destaco iterativa jurisprudência da Primeira Turma deste Tribunal Superior, a seguir exemplificada:

Processual Civil. Recurso especial. Dispositivo legal violado. Indicação. Inexistência. Norma infralegal. Exame. Inviabilidade.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a falta de indicação clara e precisa do dispositivo de lei federal alegadamente violado implica deficiência na fundamentação do recurso especial (Súmula 284 do STF).

2. Segundo o entendimento do STJ, portarias, circulares e resoluções não se equiparam a leis federais para fins de interposição do recurso especial.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 2.069.868/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 3/10/2022)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Embargos à execução fiscal. Falta de indicação de artigo de lei federal violado. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Agravo interno desprovido.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a falta de indicação clara e precisa do dispositivo de lei federal alegadamente afrontado implica deficiência na fundamentação do recurso especial. Aplicável ao caso o óbice da Súmula 284 do STF.

2. Destaca-se que a mera citação de passagem de dispositivos legais no corpo das razões recursais não satisfaz tal requisito, já que é impossível identificar se o foram citados meramente a título argumentativo ou invocados como núcleo do recurso especial interposto (AgInt no REsp 1.615.830/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe 11/06/2018).

3. Registre-se que o apelo especial interposto com fundamento na alínea c do inciso III do art. 105 da Carta Magna também requer a indicação precisa do dispositivo legal a respeito do qual se alega a divergência interpretativa, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 2.087.834/RJ, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 16/2/2023)

Em prosseguimento, analisando o recurso especial interposto pelo recorrente Sebastião Afonso Viana Macedo Neves, verifico, de plano, que não cabe conhecer do recurso quanto à apontada violação ao art. 38 da Constituição Federal, haja vista que é o recurso extraordinário o instrumento adequado para a veiculação de pretensão recursal fundamentada na infringência a dispositivos constitucionais, cuja competência decisória é constitucionalmente reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, são inúmeros os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, e, em especial, da Primeira Turma do STJ: REsp n. 1.805.660/SC, relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25/10/2022, DJe de 8/11/2022; AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.068.565/RS, relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 5/9/2022, DJe de 8/9/2022; AgInt no AREsp n. 1.455.291/CE, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), julgado em 30/5/2022, DJe de 2/6/2022; e AgInt no REsp n. 1.888.351/MG, relatora Ministra Regina Helena Costa, julgado em 11/11/2020, DJe de 13/11/2020.

Do mesmo modo, não cabe conhecer do recurso especial na parte em que alegada violação a atos normativos de natureza infralegal – *in casu*, a Resolução Consup 12/2009 – por não se equipararem tais atos, como regra, no conceito de “lei federal” constante do art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Essa é a jurisprudência sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ilustrada nos seguintes precedentes da Primeira Turma: AgInt no AREsp n. 1.870.041/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, julgado em 9/11/2022, DJe de 30/11/2022; REsp n. 1.650.227/SE, relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 27/9/2022, DJe de 3/10/2022; AgInt no REsp n. 1.960.705/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, julgado em 14/2/2022, DJe de 17/2/2022; AgInt no REsp n. 1.850.223/PR, relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 31/5/2021, DJe de 2/6/2021; AgInt no REsp n. 1.613.115/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 8/6/2020, DJe de 17/6/2020.

Ao final, cabe conhecer do recurso especial no que sobeja, ou seja, na alegada violação ao art. 1.022, I, do CPC, ao art. 102 da Lei 8.112/90, e ao art. 30 da Lei 12.772/2012, para os quais houve adequado prequestionamento da matéria, bem como exposição de fundamentação suficiente e razoável para o fim de demonstrar a pretensa infringência a esses mesmos dispositivos legais.

Não cabe prover o recurso, todavia, no tocante à pretensa violação ao art. 1.022, I, do CPC, decorrente da alegada existência de omissões relevantes no julgado, não superadas a despeito da oposição de embargos declaratórios.

Rejeita-se, com efeito, esse fundamento recursal, haja vista que a leitura do acórdão recorrido convence de que ele esteja fundamentado de maneira satisfatória, razoável e suficiente, tendo sido apreciados, conjunta ou isoladamente, todos os argumentos apresentados pela recorrente. Além disso, é pacífico o entendimento de que não há ofensa ao citado dispositivo legal quando o acórdão recorrido tenha se manifestado de maneira fundamentada e adequada a respeito das questões relevantes suscitadas pelas partes, não havendo vício no julgado tão somente pelo fato de a solução conferida à controvérsia ter sido diversa daquela desejada pelo recorrente.

Nesse sentido, a jurisprudência da Primeira Turma:

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Não ocorrência. Inexistência do dispositivo tido por violado. Argumentação deficiente. Súmula 284/STF. Violação a súmula. Impossibilidade. Não enquadramento no conceito de lei federal.

1. Tendo sido o recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado n. 3/2016/STJ.

2. Afasta-se a alegada violação do artigo 1.022 do CPC/15, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

3. O recorrente, nas razões do recurso especial, aponta violação do art. 489, IV, do CPC/15. Escorreita a aplicação da Súmula 284/STF, uma vez que tal dispositivo não consta do aludido diploma legal.

4. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a Súmula, ainda que vinculante, porque o termo não está compreendido na expressão “lei federal”, constante da alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.947.313/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/3/2022, DJe de 30/3/2022.)

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Credenciamento junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

(MAPA). Exigência de certidão negativa de débito. Arts. 489, § 1º, e 1.022 do CPC/2015. Omissão não caracterizada. Incabível a alegação de ofensa à súmula. Súmula 518/STJ. Princípio da legalidade. Ausência de indicação do dispositivo de lei tido por violado. Súmula 284/STF. Acórdão do Tribunal de origem amparado em fundamentos constitucional e infraconstitucional. Súmula 126/STJ. Controvérsia que demanda a interpretação de instrução normativa. Inviabilidade.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 10, 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. Esta Corte firmou entendimento de que enunciado ou súmula de tribunal não equivale a dispositivo de lei federal, restando desatendido o requisito do art. 105, III, *a*, da CF (Súmula n. 518/STJ).

3. A alegada ofensa ao princípio da legalidade não está amparada na violação de qualquer lei federal. Destarte, a ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado implica deficiência de fundamentação do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF.

4. O Tribunal de origem, ao decidir a questão relativa à possibilidade de exigência da Certidão Negativa de Débito, no caso concreto, amparou-se em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer um deles apto a manter inalterado o acórdão recorrido. Incidência da Súmula 126/STJ.

5. O exame da controvérsia demanda a análise da IN n. 54/2011 do MAPA, ato normativo que não se enquadra no conceito de “tratado ou lei federal” de que cuida o art. 105, III, *a*, da CF.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.646.468/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/4/2020, DJe de 24/4/2020)

Em prosseguimento, quanto à alegada violação ao art. 102 da Lei n. 8.112/90 e ao art. 30 da Lei n. 12.772/2012, tenho que melhor sorte assiste ao recorrente.

A Lei n. 12.772/2012 veio para estabelecer novo regime jurídico ao Magistério Federal.

Organizado em carreiras de Magistério Superior e de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (art. 1º), condiciona-se o ingresso nelas à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (arts. 8º e 9º), ocorrendo o desenvolvimento em ambas às carreiras por meio de progressão funcional ou promoção (arts. 12 e 14).

Progressão e promoção são conceitos juridicamente determinados e sensivelmente distintos.

A progressão funcional é o instrumento para o desenvolvimento na carreira por meio do qual se dá a passagem do servidor para o nível de vencimento imediatamente superior dentro de uma mesma classe; a promoção, por sua vez, é a passagem do servidor de uma classe para outra subsequente, de maior hierarquia ou relevância funcional (art. 12, § 1º).

Estabelecer, com clareza, a distinção conceitual e jurídica que há entre os institutos da *progressão* e da *promoção* é de suma importância para a exata compreensão da controvérsia.

É que em havendo, como há, notória diferença entre dois institutos jurídicos, fere a boa hermenêutica aplicar indiscriminadamente ao primeiro - à progressão - o plexo de normas jurídicas estabelecido para regulamentar o segundo - a promoção -, especialmente quando a regra legal incide para limitar direitos assegurados ao servidor. A regra limitadora de direitos, como sabido, interpreta-se de maneira estrita, jamais extensiva.

É sob tal exegese, portanto, que deve ser compreendida a regra do art. 102, V, da Lei 8.112/90, que estabelece, como regra, que o servidor público tem o direito de computar como de efetivo exercício, para todos os efeitos de direito, o afastamento para o desempenho de mandato eletivo federal, estadual, distrital ou municipal, *exceto para promoção por merecimento*.

Ora, tal como já afirmado, o afastamento para o exercício de mandato eletivo é um *direito* do servidor. Está previsto no art. 94 da lei geral dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (Lei n. 8.112/90), que, por sua vez, compõe o Capítulo V do Título III dessa mesma lei, designado como “Dos Direitos e Vantagens” dos servidores. Esse direito, previsto na lei geral, aplica-se claramente ao caso concreto, pois que a lei especial, restrita ao universo de servidores do Magistério Federal (Lei 12.772/2012), é expressa nesse sentido, conforme estabelecido em preceito invocado pelo recorrente (art. 30).

Sendo o afastamento do servidor para exercício de mandato um *direito*, manda o art. 102 da Lei 8.112/90 que ele seja computado “como de efetivo exercício” para todos os efeitos jurídicos, *exceto para promoção por merecimento*, o que não pode, enfim, ser aplicado para abranger os casos de mera *progressão funcional*, que com a promoção não se confunde.

Essa é uma premissa essencial de meu voto: *progressão e promoção* são conceitos juridicamente distintos. A restrição legal que se imponha para a aquisição desta não se aplica extensivamente àquela. Daí que, interpretando-se a lei sob o rigor hermenêutico que o caso exige, o afastamento do recorrente para o exercício de mandato eletivo federal deve ser considerado, para todos os efeitos jurídicos, como de efetivo exercício do cargo no Magistério Federal Superior, como se o servidor estivesse no desempenho concreto de suas funções, e um dos efeitos jurídicos indeclináveis é a consideração desse período de afastamento para fins de progressão funcional.

O quanto até aqui afirmado é o bastante para demonstrar, com larga clareza, que é lícito ao recorrente que seja computado em seu proveito, como de efetivo exercício do cargo, o afastamento decorrente do desempenho de mandato eletivo, preenchendo-se, assim, o requisito do interstício temporal de 24 meses para a pretendida progressão funcional, tal como previsto no art. 12, § 2º, I, da Lei 12.772/2012. *Quid iuris*, porém, se a progressão não está condicionada, pela lei, apenas ao cumprimento de um interstício temporal, mas também a prévia “aprovação em avaliação de desempenho” (art. 12, § 2º, II)?

Nesse aspecto, mais não é preciso dizer senão que a lei deve ser interpretada de maneira aderente à realidade dos fatos, não se admitindo, por essa razão, interpretações que conduzam à imposição, ao destinatário da norma, de obrigações inexecutáveis (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Como já tantas vezes afirmado, o servidor afastado para o exercício de mandato eletivo federal está, licitamente, usufruindo de um direito previsto em lei. Ainda que, no plano *jurídico*, o afastamento do cargo seja de todo lícito, certo é que, no plano *material*, não houve desempenho concreto das funções inerentes ao cargo pelo servidor durante o período de *lícito* afastamento. Daí que, por consequência lógico-jurídica, não se pode impor ao servidor, para fins de obtenção da pretendida progressão funcional, o preenchimento de um requisito legal que apenas formalmente é passível de cumprimento por todo e qualquer servidor, mas que, materialmente, é irrealizável por aquele que se encontre em gozo do legítimo direito de afastamento.

Há de se reconhecer, na espécie, um *discrímen* razoável e legítimo entre os servidores ocupantes de cargos públicos da carreira do Magistério Federal Superior. Aqueles que estejam no exercício regular de suas funções adquirem o direito à progressão funcional mediante o cumprimento de ambos os requisitos previstos na lei - o interstício temporal e a aprovação em avaliação

de desempenho -, pois que se encontram jurídica e materialmente aptos a comprovar ambas as condicionantes para o desenvolvimento na carreira. Aqueles servidores, no entanto, que estejam afastados de suas funções de maneira lícita, por meio da fruição de um direito de afastamento legalmente estabelecido, estão juridicamente desobrigados do preenchimento do segundo requisito, pela inexistência material de objeto a ser avaliado (função concretamente desempenhada), e a progressão lhes será devida mediante cumprimento apenas do interstício, até porque o afastamento para exercício de mandato, insisto, deve sempre ser considerado, sob o aspecto temporal, como de efetivo exercício das funções inerentes ao cargo (Lei 8.112/90, art. 102, “caput”).

Vale registrar, por fim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de se afastar a exigência de “avaliação de desempenho” para a ascensão funcional de servidores em caso semelhante, no qual também existente flagrante *impossibilidade material* de cumprimento da obrigação legal.

Refiro-me ao julgamento do STF relativo ao RE n. 606.199/PR (Rel. Min. Teori Zavascki, j. 09/10/2013, DJe 07/02/2014), submetido à repercussão geral da matéria (Tema 439/STF). Cuidava-se, na ocasião, de lei paranaense de reestruturação das carreiras do funcionalismo daquele Estado, promovendo-se uma ampla reorganização dos servidores em classes, válida tanto para os ativos como para os inativos. O Supremo reconheceu a constitucionalidade da lei, inexistindo direito adquirido do servidor inativo de permanecer na última classe remuneratória da carreira após a alteração do regime jurídico. Entretanto, uma vez que a nova lei previa apenas em favor dos servidores ativos uma possibilidade de promoção quase automática, baseada em três critérios (tempo de serviço, titulação e avaliação de desempenho), estendeu-se aos inativos o acesso a essa mesma promoção, mediante observância do tempo de serviço e da titulação que possuíam ao tempo da aposentadoria. Foram os inativos dispensados do cumprimento do requisito da avaliação de desempenho, pela natural impossibilidade de se avaliar o desempenho de quem não mais se encontrava no exercício das funções do cargo antes ocupado.

Merecem destaque, pela sua eloquência, as palavras da Min. Rosa Weber no *leading case* em exame:

(...) Parece-me extremamente perverso, com o devido respeito, e compreendendo as necessidades organizacionais do Estado, que se fechem caminhos aos aposentados. Aqui, foi dito da tribuna que havia uma classe

com diferentes níveis, e que, pela nova lei, passou a haver mais de uma classe, também com diferentes níveis. *Ora, no momento em que se fixa uma condição de implemento impossível a aposentados - uma avaliação de desempenho -, sem dúvida alguma se está a fechar o caminho justamente aos que já prestaram inúmeros anos de serviço. Como não terão condições de seguir o novo caminho, ficam estagnados em seus ganhos. Na minha compreensão, reafirmo, o texto constitucional anterior visava a evitar esse tipo de discriminação.* (grifos não são do original)

Como se vê, ambos os casos espelham uma mesma realidade: quer seja por força de aposentadoria, quer por força de afastamento para exercício de mandato eletivo, em ambos os casos o Poder Judiciário deparou-se com situações concretas de absoluta *impossibilidade material* de se exigir do servidor, para fins de desenvolvimento na carreira, o cumprimento do requisito legal da avaliação de desempenho.

Não pode haver, em situações tão parelhas, tratamento jurídico distinto, devendo-se, portanto, também aqui, reconhecer-se ao recorrente a dispensa do cumprimento do requisito da avaliação de desempenho, previsto no art. 12, § 2º, II, da Lei 12.772/2012, para fins de *progressão funcional*, restrita a dispensa ao período de fruição de afastamento para desempenho de mandato eletivo federal.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial de *Fundação Universidade Federal do Acre*, e conheço em parte do recurso especial de *Sebastião Afonso Viana Macedo Neves*, dando provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.059.550-SP (2020/0047876-7)

Relator: Ministro Paulo Sérgio Domingues

Recorrente: KS Brasil Led Holdings Ltda.

Outro Nome: Kingsun Brasil Indústria e Comércio Ltda.

Recorrente: Quatro Participacoes S/A

Recorrente: WPR Participacoes Ltda

Advogados: Mauro Pedrosa Gonçalves - DF021278

Antônio Fernando Barros e Silva de Souza - PR004931

Maria Rita Dutra Bahia - SP345290
Luis Inacio Lucena Adams - DF029512
João Paulo Imparato Sporl - SP329773
Jorge Antonio Maurique - RS018676
Michel Miguel Elias Temer Lulia e outro(s) - SP016534
Recorrente: Município de São Paulo
Procuradores: Bruno Gustavo Paes Leme Cordeiro - SP312474
Alex Ciolfi Barreto Vilas Boas e outro(s) - SP205795
Eduardo Scomparin Tundisi e outro(s) - SP315557
Recorrente: Consorcio FM Rodrigues Consladel
Recorrente: Iluminacao Paulistana SPE S/A
Advogados: Pedro Estevam Alves Pinto Serrano - SP090846
Eduardo Filipe Alves Martins - DF026180
Caroline Moura Maffra - SP293935
Daniela Bonato Barbosa Zambelli - SP240720
Recorrido: KS Brasil Led Holdings Ltda.
Outro Nome: Kingsun Brasil Indústria e Comércio Ltda.
Recorrido: Quatro Participacoes S/A
Recorrido: WPR Participacoes Ltda
Advogados: Mauro Pedroso Gonçalves - DF021278
Antônio Fernando Barros e Silva de Souza - PR004931
Maria Rita Dutra Bahia - SP345290
Luis Inacio Lucena Adams - DF029512
João Paulo Imparato Sporl - SP329773
Jorge Antonio Maurique - RS018676
Michel Miguel Elias Temer Lulia e outro(s) - SP016534
Recorrido: Município de São Paulo
Procuradores: Bruno Gustavo Paes Leme Cordeiro - SP312474
Alex Ciolfi Barreto Vilas Boas e outro(s) - SP205795
Eduardo Scomparin Tundisi e outro(s) - SP315557
Recorrido: Consorcio FM Rodrigues Consladel
Recorrido: Iluminacao Paulistana SPE S/A
Advogados: Pedro Estevam Alves Pinto Serrano - SP090846
Eduardo Filipe Alves Martins - DF026180

Caroline Moura Maffra - SP293935

Daniela Bonato Barbosa Zambelli - SP240720

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Licitação. Concorrência internacional. Concessão do serviço de iluminação pública do Município de São Paulo. Decisões administrativas de inabilitação de consórcio licitante. Mandados de segurança. Reunião por conexão. Acórdão recorrido que, concedendo a segurança para declarar a nulidade das decisões impugnadas, promove julgamento além do pedido, determinando a anulação da integralidade da licitação e impondo ao Município obrigação de realização de novo certame em prazo determinado. Recursos especiais. Julgamento conjunto. Conveniência processual. Terceiro prejudicado. Legitimidade recursal reconhecida. Conhecimento parcial dos recursos interpostos pelo Consórcio FM Rodrigues/CLD, por Iluminação Paulistana SPE S/A e pelo Município de São Paulo. Violação ao art. 1.022, I e II, do CPC. Inexistência. Violação ao art. 492 do CPC. Reconhecimento. Provimento em parte dos recursos especiais para anulação do excesso decisório contido no acórdão recorrido. Considerações “obter dicta”.

1. Voto que abrange, a um só tempo, duas demandas distintas, a saber: o mandado de segurança 1030750-13.2017.8.26.0053, registrado neste Tribunal Superior como REsp 2.059.550/SP; e o mandado de segurança 1000100-46.2018.8.26.0635, aqui registrado como REsp 2.059.555/SP. Origem comum das ações mandamentais, consistente na licitação “Concorrência Internacional 01/SES/2015”, inaugurada pelo Município de São Paulo no ano de 2015 visando à celebração de contrato de parceria público-privada para a concessão do serviço de iluminação daquela localidade.

2. Origem comum dos dois mandados de segurança que impeliu o Tribunal de Justiça de São Paulo a julgá-los conjuntamente, em 11/12/2018, reunindo-os por conexão e produzindo, para ambos, um mesmo e único acórdão. Conveniência processual, para se evitar o tumulto processual, de que a dinâmica dos julgamentos realizados pelo tribunal *a quo* seja mantida nesta instância especial, submetendo-se,

então, todos os recursos especiais interpostos nas ações mandamentais a julgamento conjunto (REsp 2.059.550/SP e REsp 2.059.555/SP).

3. Intervenção de terceiro (Iluminação Paulistana SPE S/A) por meio da interposição, em conjunto com consórcio licitante, de recurso especial. Terceiro que celebrou com o Município de São Paulo contrato administrativo para a execução do serviço de iluminação pública, concedido pelo ente local por meio da licitação litigiosa. Contrato em plena execução, a despeito da controvérsia judicial que ainda paira sobre a licitação de que é decorrente. Flagrante atingimento de direito afirmado pelo terceiro interveniente, qual seja, o direito de executar o serviço concedido pelo Município de São Paulo por meio da celebração de contrato administrativo oriundo da licitação controvertida. Reconhecimento da legitimidade recursal em razão da condição jurídica de terceiro prejudicado, tal como prevista no art. 996 do CPC.

4. Alegação de violação ao art. 1.013, § 3º, I, do CPC. Não conhecimento, no ponto, do recurso especial do Município de São Paulo. Acórdão recorrido que, afastando a necessidade de realização de qualquer nova diligência visando à instrução das ações mandamentais, julga-as conjuntamente, considerando, para tanto, suficiente para o julgamento da controvérsia a prova documental constante dos autos, robustecida, inclusive, pela juntada de novos documentos no curso dos processos. Modificação do entendimento adotado pelo acórdão que somente encontraria cabimento mediante revolvimento explícito dos fatos e provas dos autos, inviável em sede de recurso especial. Incidência, no ponto, do óbice da Súmula 7/STJ (*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*). Precedentes.

5. Alegação de violação ao art. 5º, I, da Lei 12.016/2009. Não conhecimento, no ponto, do recurso especial do Município de São Paulo. Contraposição das razões do recurso especial aos fundamentos do acórdão recorrido que revela inexistência de impugnação específica, clara e fundamentada de todas as razões de decidir determinantes para o atingimento da conclusão impugnada, especialmente no que toca à desclassificação sumária da licitante em fase anterior à de habilitação e à extensão dos efeitos prejudiciais da decisão às fases subsequentes do certame. Deficiência na construção da fundamentação do recurso

especial que fere o princípio da dialeticidade e não permite ao tribunal *ad quem* conhecer da matéria suscitada, na forma do entendimento consolidado na Súmula n. 284/STF (*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*), aplicável, por analogia, ao recurso especial. Ademais, subsistindo o acórdão impugnado por fundamento suficiente não atacado nas razões recursais, dá-se, do mesmo modo, a inadmissibilidade do recurso interposto, à luz do óbice consolidado na Súmula 283/STF (*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*), também aplicável analogicamente ao recurso especial. Óbices de construção do recurso que, ainda que desconsiderados, não levariam ao conhecimento do recurso especial, por incidência, no ponto, do entendimento consolidado na Súmula 7/STJ.

6. Alegação de violação ao art. 485, VI, e § 3º, do CPC. Não conhecimento, no ponto, do recurso especial de Consórcio FM Rodrigues/CLD e de Iluminação Paulistana SPE S/A, interposto com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, pela existência de distinção relevante entre o caso concreto e o paradigma invocado. Incidência, de resto, do óbice da Súmula 83/STJ, uma vez que o acórdão recorrido conferiu solução à questão de direito controvertida em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a dizer que não há perda do objeto do mandado de segurança em virtude de superveniente adjudicação ou assinatura de contrato administrativo. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ.

7. Violação aos arts. 20, 22 e 30 da LINDB. Não conhecimento, no ponto, do recurso especial de Consórcio FM Rodrigues/CLD e Iluminação Paulistana SPE S/A. A mera transcrição acrítica de dispositivos legais tidos por violados, sem nenhuma exposição de fundamentação clara e persuasiva que pudesse conduzir à conclusão pela efetiva violação das normas invocadas, impede o conhecimento do recurso especial, pela incidência do entendimento consolidado na Súmula 284/STF.

8. Violação ao art. 3º da Lei 8.666/93 e aos arts. 8º e 14 da Lei 12.846/2013. Não conhecimento, no ponto, do recurso especial de Consórcio FM Rodrigues/CLD e Iluminação Paulistana SPE S/A.

Acórdão recorrido que, em minucioso exame dos fatos e das provas dos autos, assevera que, ainda que houvesse justa causa para a extensão da sanção de inidoneidade da empresa Alumini Engenharia S/A para a Quatro Participações S/A, ocorreu, no caso concreto, violação ao contraditório e à ampla defesa, pela inobservância de processo administrativo específico, instaurado perante autoridade competente do Poder Executivo municipal. Recurso especial que, alegando existência de “fraude grosseira e evidente”, não ultrapassa, no ponto, a barreira da admissibilidade, presente o óbice da Súmula 7/STJ, já que demanda inevitável revolvimento de todo o substrato fático-probatório dos autos infirmar as conclusões do acórdão recorrido, quer quanto à violação das garantias processuais devidas ao licitante inabilitado, quer quanto à existência de fraude ou sobreposição de pessoas jurídicas na espécie.

9. Violação ao art. 1.022, I e II, do CPC. Inexistência. Acórdão fundamentado de maneira satisfatória, razoável e suficiente. Apreciação, conjunta ou isoladamente, de todos os argumentos apresentados pelos recorrentes. Ademais, inexistente ofensa ao dispositivo legal invocado quando o acórdão recorrido tenha se manifestado de maneira fundamentada e adequada a respeito das questões relevantes suscitadas pelas partes, não havendo vício no julgado tão somente pelo fato de a solução conferida à controvérsia ser distoante daquela desejada pelo recorrente.

10. Violação ao art. 492 do CPC. Reconhecimento. Pedidos deduzidos nas ações mandamentais certos, determinados e limitados, *tout court*, à invalidação das decisões administrativas de desclassificação do Consórcio Walks do certame. Inexistência de pretensão deduzida em Juízo – nem expressamente, nem por eventual pertinência lógica – tendente à anulação da totalidade da licitação controvertida, com deflagração de novo processo licitatório. Dispositivo legal violado pela prolação de decisão que, indo além do pedido, concedeu prestação jurisdicional não postulada. Correção do erro de julgamento que se resolve pelo simples decote daquilo que fora concedido para além do pleiteado, do conteúdo *extra petita* do provimento, máxime à constatação de que os pedidos efetivamente deduzidos foram apreciados pelo tribunal de origem, não sendo contaminado o julgamento deles pela anulação do excesso decisório. Provimento dos

recursos especiais, no ponto. Prejudicado o exame da violação aos arts. 15, 141, 276, 277, 281 e 283 do CPC.

11. Considerações *obter dicta* acerca da exequibilidade do acórdão recorrido, decotado em seu excesso decisório, mediante refazimento de atos licitatórios. Retomada do certame que deverá ser conciliada por quem de direito – o Município de São Paulo – ao atual estágio de execução do serviço público licitado, segundo critérios de conveniência e oportunidade que poderão, ou não, conduzir a decisões político-administrativas de relicitação do serviço. Retomada da licitação a que não corresponde, *ipso facto*, a extinção, modificação ou anulação do contrato administrativo celebrado pelo município com o licitante até então havido com vencedor. Inexistência de interpretação juridicamente possível que autorize a abrupta interrupção do serviço de iluminação pública contratado. Assinatura do contrato e consequente execução parcial de seu objeto que não são impeditivos ao cumprimento do quanto decidido, ante o repúdio que o sistema jurídico oferece à teoria do “fato consumado”, em especial nas relações havidas entre particulares e a Administração Pública. Precedente do STF cuja *ratio decidendi* aplica-se ao caso concreto.

12. Recurso especial interposto por Consórcio Walks conhecido. Recursos especiais interpostos por Consórcio FM Rodrigues/CLD, Iluminação Paulistana SPE S/A e pelo Município de São Paulo conhecidos em parte. Na extensão do conhecimento, recursos especiais aos quais se dá parcial provimento, anulando parcialmente o acórdão recorrido, exclusivamente no que toca ao excesso decisório relativo à anulação integral do processo licitatório “Concorrência Internacional 01/SES/2.015” e à imposição ao município recorrente de obrigação de fazer consistente na realização de nova licitação para a concessão do serviço público de iluminação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial do Consórcio Walks e parcialmente dos recursos especiais de Consórcio FM Rodrigues/CLD, Iluminação Paulistana SPE S/A e Município de São Paulo e, na extensão do conhecimento, dar-lhes parcial provimento, anulando

parcialmente o acórdão recorrido, exclusivamente no que toca ao excesso decisório relativo à anulação integral do processo licitatório “Concorrência Internacional 01/SES/2015” e à imposição ao município recorrente de obrigação de fazer consistente na realização de nova licitação para a concessão do serviço público de iluminação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 16 de maio de 2023 (data do julgamento).

Ministro Paulo Sérgio Domingues, Relator

DJe 23.5.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues: Cuida-se de recursos especiais interpostos por Consórcio Walks, Consórcio FM Rodrigues/CLD, Iluminação Paulistana SPE S/A e pelo Município de São Paulo para impugnar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em dois mandados de segurança reunidos e julgados conjuntamente (números na origem: 1030750-13.2017.8.26.0053, registrado neste Tribunal Superior como REsp 2.059.550/SP; e 1000100-46.2018.8.26.0635, aqui registrado como REsp 2.059.555/SP).

A ementa do acórdão impugnado é a que segue:

Processo Civil. Mandados de segurança. Feitos reunidos, por conexão, para julgamento conjunto dos recursos. Inocorrência de perda de objeto (ou perda ulterior do interesse de agir) dos dois feitos. Adjudicação do objeto da licitação e formalização contratual com o licitante remanescente (Consórcio FR Rodrigues/CLD), por decorrência da exclusão do outro licitante (Consórcio Walks), que tinha a proposta mais vantajosa. Pendência, contudo, dos feitos judiciais questionando os atos administrativos de exclusão ou a ela tendentes, que conservam utilidade, necessidade e adequação da via. Precedentes jurisprudenciais do E. STJ (AgInt no RMS 52.178/AM, REsp 1.643.492/AM, MS 12.892/DF, REsp 1.278.809/MS). Ausência, ademais, de perda de objeto por possibilidade de recurso na fase administrativa, observado o deferimento de medida liminar que gerou efeitos para a sequência da licitação sem exclusão da impetrante, com abertura dos envelopes das propostas, sem prejuízo de posterior exame da habilitação. Superação da questão relativa à inversão das fases do procedimento licitatório que, enfim, não atinge o

interesse de solução da questão da exclusão da licitante por inidoneidade, que terminou projetada, confirmada e operada na fase de habilitação, e, portanto, sobrevive. Reforma das sentenças de extinção dos feitos sem resolução do mérito justificadas, avançando-se no exame de fundo, em causas maduras (art. 1.013, § 3º, I, do CPC).

Apelações. Licitação. Concorrência internacional para contratação da concessão administrativa da iluminação pública do Município de São Paulo. Exclusão de licitante (Consórcio Walks), em razão da extensão da sanção de inidoneidade aplicada pela CGU (a empresa Alumini) a uma pessoa jurídica integrante do Consórcio licitante (a empresa Quatro), mediante desconsideração da personalidade jurídica, bem como por inabilitação decorrente de deficiência da garantia apresentada à proposta. Atos administrativos de exclusão processados e julgados pela Comissão Especial de Licitação (CEL). Exclusão por inidoneidade pela CEL e, depois, ratificada pelo Secretário Municipal. Exclusão por inabilitação pela deficiência da garantia pelo Secretário Municipal, em recurso, após indeferimento pela CEL, observada, ainda, decisões anteriores sobre a matéria não desfavoráveis à licitante. Vício formal na exclusão por inidoneidade: falta de processo administrativo específico, com observância ao contraditório e à ampla defesa, instaurado, processado e julgado por autoridade competente indicada pela Lei n. 12.846/2013 (arts. 8º e 14). Ratificação da decisão da CEL pelo Secretário Municipal desprovida de força para convalidar a nulidade. Ausência de ilegalidade e de contrariedade com as exigências do Edital, em relação à garantia ofertada, observado, ainda, o tumulto processual de decisões administrativas conflitantes sobre a matéria, bem como a feição formal e meramente interpretativa de riscos, que desaguaram na exclusão por inabilitação centrada nesse ponto. Exclusão, ademais, por inabilitação e inidoneidade, do consórcio licitante, que resultou, para além da ofensa à legalidade, em grave afronta ao princípio da concorrência, frustrando a ampla competição, na medida em que remanesceu no certame apenas um outro consórcio licitante (Consórcio FM Rodrigues/CLD), de proposta menos vantajosa, em licitação internacional de grande impacto, longuíssima duração (vinte anos) e valiosíssima remuneração (estimada em cerca de 7 bilhões de reais). Inadmissibilidade. Fatos supervenientes, que não se pode desprezar (art. 493 do CPC) e que já foram apontados e debatidos pelas partes. Desclassificação, na fase de habilitação que seguiu à abertura dos envelopes das propostas, por inidoneidade, na mesma linha causal de decisões antecedentes de exclusão ou a ela tendentes, no contexto da mesma questão pertinente à inidoneidade (já discutida no procedimento licitatório e em juízo), automaticamente contaminada. Adjudicação ao consórcio que remanesceu como único licitante e contrato administrativo consequente, na mesma linha causal, igualmente contaminado. Contexto, ademais, revelador de tumultos e contradições decisórias, procedimento licitatório "tormentoso, prejudicando a sua credibilidade" (como se afirmou no âmbito do Tribunal de Contas do Município), com indícios sérios e concatenados de licitação desviada do rumo ordinário,

com afronta aos princípios de legalidade e de concorrência, substancialmente frustrada por falta de competitividade, que apontam para a insubsistência do certame em seu todo, com necessidade de novo procedimento licitatório, abstração, até mesmo, à notícia de eventual corrupção, ora em investigação, e que levou a municipalidade à suspensão parcial do contrato administrativo firmado. Ordens concedidas. Nulidades em cascata, pois, declaradas, modulando-se, entretanto, os efeitos, para, evitando quebra de continuidade em serviço essencial e, portanto, colapso no sistema de iluminação pública da cidade, manter provisoriamente os efeitos do contrato apenas para os serviços de manutenção da iluminação pública, até nova licitação que há de vir, fixado o prazo de dois meses para início de novo processo licitatório. *Recursos providos*, com modulação de efeitos.

Opostos quatro embargos declaratórios no bojo do mandado de segurança 1030750-13.2017.8.26.0053 (REsp 2.059.550/SP), deu-se a rejeição de todos eles, afirmando-se a inexistência de excesso, contradição, erro ou obscuridade no acórdão embargado (fls. 4.459/4.460; fls. 4.874/4.884; fls. 4.896/4.901; e fls. 4.914/4.921). Opostos outros quatro embargos declaratórios no mandado de segurança 1000100- 46.2018.8.26.0635 (REsp 2.059.555/SP), procedeu-se da mesma forma quanto a eles, rejeitando-os em sua totalidade (fls. 3.750/3.751; fls. 3.769/3.779; e fls. 3.791/3.798; e fls. 3.888/3.893).

Nos recursos especiais interpostos tanto no REsp 2.059.550/SP (fls. 4.615/4.628), quanto no REsp 2.059.555/SP (fls. 3.504/3.517), em arrazoados idênticos, pleiteia o Consórcio Walks a anulação e, subsidiariamente, a reforma do acórdão recorrido. Como fundamento para a anulação, alega-se que o acórdão violou o art. 1.022, I, do CPC, por não ter sido sanada contradição existente no *decisum* mesmo após a oposição de embargos declaratórios, vício esse decorrente do fato de que o acórdão “*ao invés de determinar a retomada do certame desde o momento da última exclusão ilegal do Consórcio Walks, decidiu por invalidar todo o certame*” (fl. 4.619 e fl. 3.508). A reforma do acórdão, por sua vez, decorreria de alegada violação ao art. 492 do CPC, uma vez que o acórdão recorrido teria extrapolado os limites do pedido deduzido, circunscrito à declaração de nulidade do ato administrativo de exclusão da recorrente do certame litigioso.

Recursos especiais foram interpostos, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, pelo Consórcio FM Rodrigues/CLD e pela terceira interessada Iluminação Paulistana SPE S/A. Em peças idênticas, encartadas tanto no REsp 2.059.550/SP (fls. 4.632/4.638), quanto no REsp 2.059.555/SP (fls. 3.522/3.573), sustentou-se, preliminarmente, a legitimidade recursal da terceira interessada, sociedade de propósito específico

constituída pela recorrente FM Rodrigues/CLD após ser declarada vencedora da licitação controvertida. No cerne, alegou-se que o acórdão recorrido violaria o art. 1.022, II, do CPC, tendo em vista a existência de omissões no julgado não superadas a despeito da oposição de embargos declaratórios. Alegou-se, também, que o acórdão recorrido violaria o art. 485, VI, e § 3º, do CPC, bem como precedente do STJ sobre a matéria (REsp 1.233.816/AM), uma vez que não foi reconhecida a perda do objeto dos mandados de segurança impetrados, decorrente da assinatura, em 08/03/2018, de contrato administrativo de parceria público-privada relativo ao serviço de iluminação pública do Município de São Paulo, fruto do reconhecimento da recorrente FM Rodrigues/CLD como vencedora da licitação respectiva. Afirmou-se, ainda, que o acórdão recorrido violaria os arts. 141 e 492 do CPC, por ter julgado além dos pedidos deduzidos nas ações mandamentais, ferindo, assim, o princípio da congruência. Prosseguiu-se afirmando que o acórdão violaria também os arts. 15, 276, 277, 281 e 283 do CPC, por ter estendido para toda a licitação a declaração de nulidade de atos administrativos pontuais e específicos produzidos no curso do certame, sem que se preservassem os atos válidos e não contaminados pelas pretensas nulidades. Finalmente, advoga-se que o acórdão recorrido teria infringido o art. 3º da Lei 8.666/93; os arts. 20, 22 e 30 da LINDB; e os arts. 8º e 14 da Lei 12.846/2013, haja vista que o acórdão “*ao ilegalmente reconhecer a existência de nulidade insanável em razão da pretensa não observância de processo específico, nos termos dos artigos 8º e 14, da Lei Anticorrupção, violou o artigo 3º, da Lei 8.666/93, para dar interpretação irrazoável que permitiu que prevalecesse uma formalista e teratológica aplicação descabida em favor da corrupção e detrimento ao princípio da moralidade e da eficiência*” (fl. 4.673 e fl. 3.563), ao que acrescenta que os dispositivos da LINDB invocados não permitem questionar a atuação eficiente e pragmática do Município de São Paulo de desclassificação do Consórcio Walks, feita em prol da ética no enfrentamento de consórcio formado por empresa controlada por outra que a União já havia declarado inidônea por ato de pagamento de propina a agentes públicos (fl. 4.678 e fl. 3.568).

Recursos especiais também foram interpostos pelo Município de São Paulo, em arrazoados idênticos encartados no REsp 2.059.550/SP (fls. 4.835/4.853) e no REsp 2.059.555/SP (fls. 3.726/3.744). Alegou o Município, em síntese, que o acórdão recorrido violaria o art. 5º, I, da Lei 12.016/2009, ao menos no que toca à solução conferida ao mandado de segurança 1030750-13.2017.8.26.0053 (REsp 2.059.550/SP), já que não se admite a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que pode ser impugnado por meio de recurso com efeito suspensivo, devendo, então, ser restabelecida

a sentença extintiva daquele *mandamus*. Alegou o Município, também, que o acórdão recorrido violaria o art. 492 do CPC, uma vez que fora concedido ao Consórcio Walks, impetrante dos *writs*, mais do que por ele pedido, não sendo a anulação completa da licitação consequência lógica do reconhecimento judicial de eventual ilegalidade da exclusão daquele consórcio da licitação em comento. Ao final, sustenta o município recorrente que o acórdão recorrido teria infringido o comando do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, haja vista que as causas não estariam maduras para julgamento em segundo grau de jurisdição, máxime por não ter havido apresentação de informações, em primeira instância, pelas autoridades impetradas.

Todos os recursos especiais foram inadmitidos na origem, daí decorrendo a interposição de agravos de inadmissão.

Distribuída a causa à relatoria do Ministro Gurgel de Faria, foi colhido parecer do Ministério Público Federal, sintetizado sob a seguinte ementa:

Processual Civil e Administrativo. Concorrência internacional. Concessão do serviço de iluminação pública do Município de São Paulo. Aresto extra petita. Nulidade. 1. No julgamento conjunto das apelações, o Tribunal de origem reformou as sentenças que extinguíram os mandados de segurança por falta de interesse de agir, e, aplicando a teoria da causa madura, concedeu a ordem para anular a licitação e o contrato administrativo celebrado com o Consórcio FM Rodrigues/CLD, por reconhecer a ilegalidade dos atos que eliminaram o Consórcio Walks do certame, fixando prazo para o Município realizar nova concorrência. 2. Ao anular a licitação, a Corte de origem decidiu fora do pedido, com base em causa de pedir diversa da apresentada na inicial, proferindo *decisum extra petita*, devendo os autos retornar à origem para novo julgamento. 3. Além disso, verifica-se que houve contradição no aresto ao reconhecer o direito do Consórcio Walks permanecer na licitação e anular o certame. 4. Pelo conhecimento do agravo do Consórcio Walks para conhecer e dar provimento ao recurso especial, ficando prejudicados os agravos do Consórcio FM Rodrigues/CLD e da Iluminação Paulistana SPE S.A., e o do Município de São Paulo.

Por meio de decisão monocrática datada de 24/06/2021, o eminente Ministro Relator conheceu dos agravos para conhecer parcialmente dos recursos especiais interpostos, dando-lhes parcial provimento de modo a, “*reconhecida a existência de decisão ‘ultra petita’, decotar do aresto recorrido a determinação de anulação de todo o procedimento licitatório*” (fl. 5.284 e fl. 4.196).

A decisão singular do relator foi impugnada por meio de agravos internos interpostos pelo Consórcio FM Rodrigues/CLD e por Iluminação Paulistana SPE S/A (fls. 5.296/5.322 e fls. 4.212/4.238), e pelo Município de São Paulo (fls. 5.410/5.427).

Sobreveio, em 18/11/2021, nova decisão monocrática do Ministro Relator, por meio da qual se procedeu a um juízo positivo de retratação, reconsiderando-se a decisão agravada (fls. 5.573/5.576 e fls. 4.437/4.439).

Em 20/09/2022, o eminente Ministro Gurgel de Faria afirmou sua suspeição, na forma do art. 145, § 1º, do CPC, procedendo-se à redistribuição dos recursos à minha relatoria.

Por força de decisão datada de 20/03/2023, apliquei à espécie a disposição do art. 253, parágrafo único, II, “d”, do Regimento Interno do STJ, conhecendo dos agravos para determinar a autuação das causas como recursos especiais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues (Relator): 1. O voto que ora se inicia abrange, a um só tempo, duas demandas distintas, a saber: o mandado de segurança 1030750-13.2017.8.26.0053, registrado neste Tribunal Superior como *REsp 2.059.550/SP*; e o mandado de segurança 1000100-46.2018.8.26.0635, aqui registrado como *REsp 2.059.555/SP*.

Ambas as ações mandamentais têm uma origem comum, consistente na licitação “Concorrência Internacional 01/SES/2015”, inaugurada pelo Município de São Paulo no ano de 2015 visando à celebração de contrato de parceria público-privada para a concessão do serviço de iluminação daquela localidade.

Nesses mandados de segurança, uma mesma licitante - a recorrente Consórcio Walks - buscou invalidar judicialmente sucessivos atos administrativos praticados no curso do procedimento licitatório, todos tendentes à exclusão da impetrante da disputa.

No mandado de segurança 1030750-13.2017.8.26.0053 (*REsp 2.059.550/SP*), o Consórcio Walks busca a invalidação de decisão administrativa da comissão licitatória, ratificada por secretário municipal, por meio da qual declarada a inabilitação daquele licitante em razão do afastamento, por inidoneidade, de uma das empresas componentes do consórcio impetrante (Quatro Participações S/A). Essa sanção imposta à empresa consorciada, por sua vez, seria decorrente de prévia aplicação pela União, com fundamento na Lei 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), de idêntica penalidade a empresa integrante do mesmo grupo econômico (Alumini Engenharia S/A).

No mandado de segurança 1000100-46.2018.8.26.0635 (REsp 2.059.555/SP), por outro lado, o Consórcio Walks buscou invalidar decisão administrativa da comissão licitatória, também ratificada por secretário municipal, por meio da qual promovida a inabilitação do consórcio impetrante em razão da rejeição das garantias oferecidas pelo licitante à proposta comercial apresentada.

A disputa judicial em torno da licitação controvertida não se circunscreveu ao âmbito dos dois *mandamus* mencionados. Ao contrário, a licitação em voga foi judicializada ao extremo e, afora outras tantas ações já definitivamente julgadas, remanesce ainda pendente de decisão definitiva uma terceira demanda, ajuizada pela empresa Quaatro Participações S/A e registrada na origem sob o numeral 1052700- 78.2017.8.26.0053. Essa terceira ação, no Superior Tribunal de Justiça, também está sob minha relatoria, registrada como *REsp 2.059.559/SP*.

Certo é que a origem comum dos dois mandados de segurança impeliu o Tribunal de Justiça de São Paulo a julgá-los conjuntamente, em 11/12/2018, reunindo-os por conexão e produzindo, para ambos, um mesmo e único acórdão, cuja ementa está reproduzida no relatório deste voto. Por sua vez, a ação ajuizada pela Quaatro Participações – relembre-se: empresa componente do Consórcio Walks –, foi julgada somente em 16/07/2019, recebendo, por isso, decisão autônoma, embora conexos elementos desta ação e dos mandados de segurança acima citados.

Considero conveniente, para se evitar o tumulto processual, que a dinâmica dos julgamentos realizados pelo tribunal *a quo* seja mantida nesta instância especial, submetendo-se, então, todos os recursos especiais interpostos nas ações mandamentais a julgamento conjunto (REsp 2.059.550/SP e REsp 2.059.555/SP), sem prejuízo de se proceder, em uma mesma assentada mas em voto apartado, ao julgamento dos recursos especiais interpostos na terceira demanda (REsp 2.059.559/SP), em tudo imbricada às primeiras. Com isso, facilita-se o atingimento do escopo de pacificação do conflito, conferindo-se contornos definitivos a uma controvérsia de elevada importância econômica e social.

2. A Iluminação Paulistana SPE S/A interveio nas ações mandamentais por meio da interposição de recursos especiais subscritos em conjunto com a recorrente Consórcio FM Rodrigues/CLD. Não houve até aqui, entretanto, nenhuma decisão formal de admissão desse terceiro na relação jurídica processual, silêncio esse que carece de correção, ainda que não tenha havido qualquer impugnação à participação desse terceiro nos processos em exame.

Nos recursos especiais que foram interpostos em comunhão com a recorrente Consórcio FM Rodrigues/CLD, a Iluminação Paulistana SPE S/A defendeu a sua admissão ao processo e a sua legitimidade recursal afirmando (fl. 4.642 e fl. 3.532):

Tendo em vista a vitória na Concorrência Internacional in causa n. 01/SES/2015, que se efetivou no Processo Administrativo da Licitação n. 2015-00.097.424-9, foi constituída pelo vitorioso Consorcio FM Rodrigues/CLD, a sociedade de propósito específico *Iluminação Paulistana SPE S/A*, ora correcorrente, estabelecida na Rua Hungria, n. 888, 1º andar, sala 5, São Paulo/SP, CNPJ/MF sob o n. 29.851.606/0001-12, a qual acabou por firmar com a Municipalidade de São Paulo o contrato administrativo n. 003/SMSO/2018, originado do Processo Administrativo n. 2018-0.018.529-0, pelo prazo de 20 anos, no valor total de R\$ 6.936.840.000,00, com contraprestação mensal máxima de R\$ 28.903.500,00, conforme Dotação Orçamentária: 99.10.15.452.3022.6.027.33.67.83.00.08, consumando a respectiva parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, para modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto em tempo real da infraestrutura da rede de iluminação pública da Cidade. Por sua vez, o v. acórdão recorrido expressamente anulou o referido contrato administrativo, via de consequência atingiu a esfera patrimonial e de direito subjetivo da Iluminação Paulistana, de modo que a mesma se encontra plenamente caracterizada como terceira prejudicada, consequentemente, legitimada a recorrer, nos termos do art. 996, do CPC, especialmente em conjunto com o Consórcio FM Rodrigues/CLD, sagrado vencedor do certamente in causa.

Dispõe, com efeito, a lei processual civil que o recurso pode ser interposto tanto pela parte vencida, quanto pelo terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público. Ao terceiro, entretanto, compete “*demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual*” (CPC, art. 996, parágrafo único).

Em sede doutrinária, Humberto Theodoro Júnior reconhece que o terceiro está autorizado a recorrer “*para assistir uma das partes na busca de definir a relação jurídica litigiosa de maneira a não prejudicar outra relação, de que participa e não figurou (nem deveria ter figurado) no processo, mas que por um liame prático está numa situação de dependência da vitória de um dos litigantes. Pense-se no locatário em relação à demanda reivindicatória que põe em risco o domínio do locador sobre o imóvel alugado. Se o senhorio perder a causa, o locatário não terá como manter a posse e usufruição do bem locado. Nesse caso, o recurso procurará tratar da defesa do locador, e não diretamente da defesa de sua posição contratual.*” (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 865).

O caso em exame bem se amolda à previsão legal. A recorrente celebrou com o Município de São Paulo contrato administrativo para a execução do serviço de iluminação pública, concedido pelo ente local por meio da licitação litigiosa. O contrato celebrado encontra-se em plena execução, a despeito da controvérsia judicial que ainda paira sobre a licitação de que é decorrente.

O acórdão recorrido, de sua parte, não só reconheceu a invalidade das decisões administrativas de desclassificação de consórcio licitante como promoveu a anulação da totalidade do certame, impondo ao município obrigação de realizar nova concorrência, do que decorrerá, evidentemente, a celebração de novo contrato administrativo com aquele que venha a ser considerado vencedor.

É flagrante, enfim, que a *relação jurídica submetida à apreciação judicial* – leia-se: a validade da licitação controvertida – atinge direito afirmado pela Iluminação Paulistana SPE S/A – qual seja: o direito de executar o serviço concedido pelo Município de São Paulo por meio da celebração de contrato administrativo oriundo da licitação controvertida –, o que confere a essa recorrente a condição jurídica de terceiro prejudicado, tal como prevista no art. 996 do CPC, daí decorrendo a sua legitimidade recursal.

3. Nos recursos especiais interpostos, alega-se violação a diversos dispositivos legais, alegações essas que, caso acolhidas, têm aptidão para promover ora a declaração da nulidade do acórdão recorrido, ora a reforma do julgamento promovido pelo tribunal *a quo*.

Não se pode negar que há uma precedência lógica no enfrentamento dessas alegações, não havendo nenhum sentido técnico ou mesmo prático em se preferir o que leva à simples reforma do julgado àquilo que pode redundar na sua completa anulação. A relação de *prejudicialidade* existente entre as alegações importa mais do que a obediência a um critério meramente formal de análise, centrado tão somente no *locus* no qual a alegação esteja assentada. Assim, prevalecerá a precedência lógica de enfrentamento da matéria ainda que, para tanto, os três recursos especiais interpostos devam ser analisados de maneira fracionada, desapegada da ordem formal em que cada um esteja assentado.

4. Não cabe conhecer do recurso especial interposto pelo Município de São Paulo quanto à alegação de violação do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, do que decorreria a nulidade do acórdão recorrido por ter indevidamente considerado as ações mandamentais maduras para julgamento de mérito, mesmo não tendo havido apresentação de informações, em primeira instância, pelas autoridades impetradas.

No ponto, afere-se que o acórdão recorrido afastou a necessidade de realização de qualquer nova diligência visando à instrução das ações mandamentais julgadas conjuntamente, considerando-se, para tanto, suficiente para o perfeito julgamento da controvérsia a prova documental constante dos autos, robustecida, inclusive, pela juntada de novos documentos no curso dos processos.

Opostos embargos declaratórios pelo Município de São Paulo, a alegação de omissão quanto ao ponto controvertido foi repelida sob a seguinte fundamentação (fls. 4.919/4.920 e fls. 3.796/3.797):

(...) também fica espancado o argumento da embargante pertinente à aplicação do artigo 1.013, § 3º, I, do CPC, pois, nisso, para além de não ter havido omissão (o v. acórdão foi expresso ao, afastando o decreto de extinção dos dois mandados de segurança sem resolução do mérito, dar as causas por madura e, assim, com suporte nessa norma legal, ingressar no exame de fundo), ficou bem esclarecido que, nos autos, as partes já estavam presentes, com ampla discussão das questões controversas, bem como que as provas documentais eram suficientes, sem necessidade alguma informação complementar de autoridade administrativa ou de dilação instrutória. Nem se diga, ainda, que os feitos deveriam ter retornado à fase de informações a serem prestadas pelo Presidente da Comissão e pelo Secretário de Serviços e Obras, para melhor esclarecimento, antes do julgamento de fundo, anotando-se a ampla manifestação, como informações de autoridade coatoras, que o Secretário Municipal de Serviços, apresentou no Processo 10000100-46.2018.8.26.0635 (fls. 741/760), acompanhadas, depois, de petição da própria municipalidade - já presente no feito -, comunicando que tais informações “aproveitam sim ao impetrado Presidente da Comissão Especial de Licitações” (fls. 1.101); e, de outra banda, no Processo 1030750-13.2017.8.26.0053, o ingresso no feito do próprio Município de São Paulo, por sua Procuradoria Geral, encampando e defendendo os atos praticados, com exaustiva defesa, não só em tema processual ou preliminar, mas também de mérito, na tutela da legalidade dos atos administrativos questionados (fls. 313/327). Por outro ângulo, todas as questões controversas da lide dos dois mandamus, a incluir aquelas levantadas nas contrarrazões do apelo da municipalidade e no seu memorial (Processo 1030750-13.2017.8.26.0053: fls. 587/602 e 635/645, respectivamente), foram exaustivamente analisadas no v. acórdão atacado, nada carecendo de complemento ou esclarecimento, sublinhando-se, também neste ângulo, haver mero inconformismo da ora embargante com o resultado do julgamento colegiado.

Percebe-se, enfim, que a aplicação do art. 1.103, § 3º, I, do CPC pelo tribunal *a quo*, considerando maduras para imediato julgamento as ações mandamentais, fez-se mediante minuciosa análise do substrato fático-probatório das demandas.

A modificação do entendimento adotado pelo acórdão recorrido, portanto, somente encontraria cabimento mediante revolvimento explícito dos fatos e provas dos autos, o que é sabidamente inviável em sede de recurso especial, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 7/STJ (*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*).

Nesse sentido, já se decidiu que “*a verificação da presença dos requisitos configuradores da causa madura – consistente na circunstância de a instrução probatória estar completa ou ser desnecessária – demandaria o reexame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ*” (STJ, AgInt no REsp n. 1.741.282/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022).

Esse entendimento, anoto, já vigorava no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ainda ao tempo em que vigia o art. 515, § 3º, CPC/73, conforme precedentes que colaciono:

Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Alegada ilegitimidade passiva *ad causam* do Procurador Chefe da Dívida Ativa. Acórdão regional fundado na teoria da encampação e no artigo 113, do Decreto Municipal 14.602/96 (Processo Administrativo-Tributário Municipal). Súmula 280/STF. Aplicação. Mérito do mandado de segurança. Teoria da causa madura (artigo 515, § 3º, do CPC). Feito que prescinde de dilação probatória.

1. O artigo 515, do Código de Processo Civil, restou modificado pela Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que lhe inseriu o § 3º, segundo o qual: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento” (cognominada “Teoria da Causa Madura”).

2. *In casu*, ultrapassada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, o Tribunal de origem, pugnano pela maturidade da causa, adentrou no mérito do mandado de segurança, que versa sobre a alíquota de ISSQN aplicável nas operações de prestação de serviços de engenharia contratados com BNDES e que visavam à desestatização da *Light* e da *Escelsa* (se engenharia consultiva, 3%; se engenharia executiva, 5%, à luz do Código Tributário Municipal).

3. Deveras, o julgamento imediato, pelo Tribunal, da lide mandamental pressupõe o atendimento ao requisito específico da prova pré-constituída da ofensa a direito líquido e certo do impetrante, donde se deduz a incorreta aplicação da “Teoria da Causa Madura” à demanda que prescinde de dilação probatória (Precedentes do STJ: RMS 28.536/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 14.05.2009, DJe 15.06.2009; RMS 25.018/

MG, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 28.10.2008; RMS 20.541/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 08.03.2007, DJ 28.05.2007; e RMS 17.220/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 28.09.2004, DJ 13.12.2004).

4. Ademais, a análise, pelo STJ, da suficiência da prova pré-constituída apresentada no *writ* encontra-se obstada por força da Súmula 7, *verbis*: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

5. Outrossim, a legitimidade *ad causam* da autoridade apontada como coatora, solucionada pelo Tribunal de origem à luz da interpretação de legislação local (consubstanciada no artigo 113, do Decreto Municipal 14.602/96), revela-se insindicável em sede de recurso especial, uma vez que ao Superior Tribunal de Justiça somente incumbe a guarda e uniformização da legislação infraconstitucional, não cabendo a análise de questões relativas a leis locais (Súmula 280/STF).

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp n. 955.681/RJ, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 4/11/2009.)

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Ação de cobrança. Supostos descontos de pensão alimentícia não repassados aos beneficiários. Aplicação da teoria da causa madura. Art. 515, § 3º, do CPC/1973. Incidência da Súmula 7 do STJ. Julgamento imediato em causas sobre matérias fáticas. Possibilidade.

1. O ponto central da controvérsia se resume em saber se houve a correta aplicação da teoria da causa madura, prevista no art. 515, § 3º, do CPC/1973.

2. Como se observa do acórdão recorrido, o órgão julgador, após a análise do conjunto probatório dos autos, concluiu não ser possível afirmar que a parte recorrida teria efetuado retenções a título de pensão alimentícia na remuneração do ex-militar no período de 12/9/1986 a 13/4/1987, apesar das diligências empreendidas pelo Juízo de piso.

3. Ademais, mesmo que constasse a retenção de valores relativos à pensão, ainda assim seria necessária a informação da Caixa Econômica Federal de que as respectivas quantias não foram depositadas naquela instituição bancária.

4. Consta no acórdão a existência de ofício da instituição bancária afirmando não haver informações, nos arquivos, acerca do período no qual os valores supostamente retidos na fonte pela recorrida deveriam ter sido depositados. Nesse contexto, há clara evidência de que não seriam frutíferas as diligências pendentes (novos ofícios às mesmas instituições).

5. Com isso, para se chegar a conclusão contrária à do Tribunal *a quo*, no sentido de que a causa estava suficientemente debatida e instruída para possibilitar o

imediate julgamento, faz-se necessário incursionar no contexto fático-probatório da demanda, o que é inviável em recurso especial, por força do consignado na Súmula 7/STJ.

6. Não há necessidade de a questão debatida no recurso de apelação ser exclusivamente de direito, sendo cabível o imediato julgamento do mérito em causas que versem sobre matérias fáticas, caso o tribunal entenda que o feito se encontra em condições de imediato julgamento, por não haver necessidade de produção de novas provas. Precedentes.

7. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.352.881/RJ, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 1/6/2020, DJe de 4/6/2020)

5. Também não cabe conhecer do recurso especial interposto pelo Município de São Paulo quanto à alegada violação ao art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 pela solução conferida pelo tribunal de origem ao mandado de segurança 1030750- 13.2017.8.26.0053 (REsp 2.059.550/SP).

No ponto, sustenta o recorrente que o dispositivo legal invocado veda a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que pode ser impugnado por meio de recurso com efeito suspensivo, do que decorreria, então, o julgamento *contra legem* pelo acórdão recorrido. Nas palavras da recorrente: “O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que o ato administrativo guerreado comportava recurso administrativo com efeito suspensivo. Porém, valendo-se de fundamentos questionáveis (argumentou que seria desnecessário o exaurimento da via administrativa para impetração de mandado de segurança e que a ação em tela exigia julgamento do mérito, já que a licitação somente prosseguiu em razão de liminar concedida nestes autos), ignorou o artigo 5º, inciso I, da Lei Federal n. 12.016/09. Diante da existência de previsão de recurso administrativo com efeito suspensivo (recurso este que foi devidamente apresentado pela recorrida), restou caracterizada a ausência de interesse processual, uma vez que o ato impugnado, com efeitos suspensos em razão do recurso administrativo, não se encontrava acabado e não acarretava qualquer prejuízo à recorrida quando da impetração do mandado de segurança” (fls. 4.846 e fls. 3.737).

O tribunal estadual, por sua vez, enfrentou a matéria sob a seguinte fundamentação (fls. 4.433/4.434 e fls. 3.308/3.309):

De outra banda, em relação ao Mandado de Segurança n. 1030750-13.2017.8.26.0053, ainda é preciso ponderar que a possibilidade de recurso na fase administrativa, com efeito suspensivo, no caso, não é óbice a sequência desse writ pelo mérito. Primeiro, porque, como bem destacou o Procurador de Justiça

Antônio Carlos Fernandes Nery, “não há que se falar em exaurimento prévio da via administrativa para o ajuizamento da presente ação porquanto, no caso concreto, os recorridos desclassificaram sumariamente o Consórcio impetrante da licitação, prejudicando-se a concorrência, que deve atender à supremacia do interesse público, possibilitando-se o maior número de concorrentes para obter-se, a final, a proposta mais vantajosa para a Administração. Nessa ordem de considerações, não havendo carência superveniente da ação, por inexistente uma fase extraordinária do processo licitatório, o parecer é pelo provimento do recurso para conceder-se o *writ*, ressalvado o livre julgamento da Administração na fase de habilitação dos concorrentes” (fls. 617). Segundo, a liminar deferida nesse *writ*, a rigor, gerou efeito, na medida em que foi também ela quem levou adiante a sequência do procedimento licitatório sem exclusão da impetrante, com abertura dos envelopes das propostas, sem prejuízo do exame da habilitação, feito posteriormente. Logo, ante esses efeitos concretos da liminar no curso da licitação, este feito não pode, agora, ser extinto sem resolução do mérito, revogando tal liminar e desconsiderando seus efeitos, como se fossem irrelevantes. Terceiro, porque, ainda que se possa dar por superada a questão da inversão das fases na medida em que, com as liminares deferidas, deu-se seguimento à licitação com a abertura dos envelopes das propostas e, após, então, foram examinados os documentos de habilitação (e isso realmente já está exaurido), não se pode negar que a questão de fundo pertinente à inidoneidade perdurou e gerou efeitos prejudiciais à impetrante, pois, então, nessa fase de habilitação, ocorreu a exclusão do Consórcio Walks (cf. decisão da CEL publicada no DOC de 9/2/2018), pelo mesmo problema (i.é, por decorrência dos reflexos ou da extensão da inidoneidade da empresa Alumini, atingindo a empresa Quaatro) debatidos, fortemente, entre as partes e nos autos.

A contraposição das razões do recurso especial aos fundamentos do acórdão recorrido revela que não houve, por parte do recorrente, impugnação específica, clara e fundamentada de todas as razões de decidir determinantes para o atingimento da conclusão impugnada, especialmente no que toca à desclassificação sumária da licitante em fase anterior à de habilitação e à extensão dos efeitos prejudiciais da decisão às fases subsequentes do certame.

A deficiência na construção da fundamentação do recurso especial fere o princípio da dialeticidade e não permite ao tribunal *ad quem* conhecer da matéria suscitada, na forma do entendimento consolidado na Súmula n. 284/STF (*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*), aplicável, por analogia, ao recurso especial. De outra parte, subsistindo o acórdão impugnado, por fundamento suficiente não atacado nas razões recursais, dá-se, do mesmo modo, a inadmissibilidade do recurso interposto, à luz do óbice consolidado

na Súmula 283/STF (*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*), também aplicável analogicamente ao recurso especial.

Cabe pontuar, por relevante, que ainda que se superassem os defeitos de construção do inconformismo manifestado pelo Município de São Paulo que conduzem ao não conhecimento do recurso especial na forma acima explicitada, verifica-se que, diferentemente do quanto alegado, o tribunal estadual não ignorou o dispositivo legal tido por violado, mas considerou que, pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, esse dispositivo não incidiria, devendo o mandado de segurança ser julgado pelo mérito. Não caberia, então, de toda forma, conhecer do recurso especial, o que demandaria, também nesse particular capítulo, inevitável reexame do substrato fático-probatório de todo o *mandamus*, o que não é cabível na via especial nos termos da Súmula 7/STJ.

6. As recorrentes FM Rodrigues/CLD e Iluminação Paulistana SPE S/A alegaram, em seu recurso especial, que o acórdão recorrido violaria o art. 485, VI, e § 3º, do CPC, bem como precedente do STJ sobre a matéria (REsp 1.233.816/AM), uma vez que não foi reconhecida a perda do objeto dos mandados de segurança impetrados, decorrente da assinatura, em 08/03/2018, de contrato administrativo de parceria público-privada relativo ao serviço de iluminação pública do Município de São Paulo, fruto do reconhecimento da mesma recorrente como vencedora da licitação respectiva.

Incide, no ponto, o óbice da Súmula 83/STJ, haja vista que o acórdão recorrido conferiu solução à questão de direito em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a dizer que não há perda do objeto do mandado de segurança em virtude de superveniente adjudicação ou assinatura de contrato administrativo.

Nesse sentido, trago à colação precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ:

Processo Civil e Administrativo. Recurso especial. Concessão de serviço público. Transporte coletivo urbano. Mandado de segurança. Invalidação do certame licitatório, por vícios de ilegalidade e descumprimento do edital. Homologação e adjudicação supervenientes. Perda do objeto do *mandamus* e julgamento *ultra petita*. Inocorrência.

1. As instâncias de origem, reconhecendo que a tramitação do feito licitatório se deu com inobservância aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, declararam a parcial nulidade do certame (desde a habilitação), com a inabilitação da empresa concorrente.

2. A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que a superveniente homologação/adjudicação do objeto licitado não implica na perda do interesse processual na ação em que se alegam nulidades no procedimento licitatório, aptas a obstar a própria homologação/adjudicação, como é o caso dos autos. Precedentes: AgRg no REsp 1.223.353/AM, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/03/2013; AgRg no AREsp 141.597/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/10/2012; AgRg no RMS 37.803/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/06/2012; REsp 1.228.849/MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 09/09/2011; REsp 1.059.501/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/09/2009; REsp 279.325/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 16/10/2006.

3. A análise da controvérsia dentro dos limites postos pelas partes não incide no vício *in procedendo* do julgamento *ultra petita* e, por conseguinte, afasta a suposta ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.278.809/MS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/9/2013, DJe de 10/9/2013)

Mandado de segurança. Licitação. Superveniente adjudicação. Perda do objeto não configurada. Preservação do interesse de agir.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança objetivando a declaração de nulidade da decisão administrativa que rejeitou seu recurso administrativo e manteve a habilitação da licitante concorrente, tendo em vista ter sido o recurso administrativo julgado pelo Presidente da Comissão Permanente de Licitações, e não pelo Prefeito do Município, consoante estabelecido no edital de licitação.

II - Na Primeira Instância, o *mandamus* foi julgado extinto sem resolução de mérito, em razão do reconhecimento da carência, superveniente, do interesse processual da sociedade empresária autora, à consideração de que a vencedora do certame já estaria em franca operação.

III - O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em grau recursal, negou provimento ao recurso de apelação, mantendo incólume a decisão de primeiro grau.

IV - Em relação à alegada ofensa aos arts. 17 e 458, IV, do CPC/2015, e ao art. 49, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, constata-se que o *decisum* recorrido encontra-se em dissonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, no sentido de que “a superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do mandado de segurança, pois se o certame está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato administrativo”. A esse respeito, os seguintes julgados desta Corte: RMS n. 49.972/PR, relator Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgamento em 2/6/2020, DJe

9/6/2020 e REsp n. 1.643.492/AM, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento em 14/3/2017, DJe 20/4/2017.

V - Nesse passo, o dissídio jurisprudencial suscitado também comporta acolhimento.

VI - No que diz respeito à alegação de existência de trânsito em julgado de ação popular com o mesmo objeto, ou nulidade do acórdão objurgado, destaque-se que é inviável a análise de tese não suscitada no recurso especial, ou em contrarrazões, por se tratar de evidente inovação recursal (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.496.470/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 31/8/2020, DJe 3/9/2020).

VII - Da mesma forma, o STJ possui firme entendimento no sentido de ser incabível inovação recursal, em agravo interno, com base em alegação de fato novo, especialmente em se considerando que tais alegações, *in casu*, poderão ser dirigidas às instâncias de origem. Precedentes: STJ, AgRg no AREsp n. 761.207/RJ, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 29/4/2016; AgRg no Ag 1.424.188/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/2/2012; AgInt nos EDcl no MS n. 24.834/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 1º/9/2020, DJe 9/9/2020.

VIII - Por fim, cumpre salientar que o Ministério Público foi cientificado da decisão, conforme termo de ciência de fl. 1.142, não havendo manifestação contrária quanto o *decisum* vergastado.

IX - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 1.526.230/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1/3/2021, DJe de 15/3/2021)

Vale destacar, ademais, que não cabe conhecer do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, já que o caso concreto difere substancialmente do paradigma da Segunda Turma invocado pelas recorrentes (REsp 1.233.816/AM). Neste, concluiu-se pela perda do objeto do mandado de segurança por conta de peculiaridade de caráter eminentemente formal ou processual, dado que o impetrante, no paradigma invocado, havia limitado o seu pedido à habilitação na licitação em curso, sem qualquer exteriorização de pretensão tendente à suspensão do certame ou à anulação de atos nele produzidos ou de cláusulas do respectivo edital.

É dizer: o precedente invocado parte de uma compreensão estrita do pedido deduzido no mandado de segurança para firmar a perda do objeto do *writ* em hipótese na qual a licitação teve regular curso, não tendo o impetrante formulado qualquer pedido que impedisse o seu prosseguimento.

Esse entendimento, por certo, não se aplica ao caso concreto, já que nas iniciais dos mandados de segurança houve pedidos expressos de invalidação de

decisões administrativas de inabilitação do licitante-impetrante, com formulação de pedido consequente de suspensão da licitação litigiosa até final julgamento das ações ajuizadas.

7. Os recorrentes Consórcio Walks, Consórcio FM Rodrigues/CLD e Iluminação Paulistana SPE S/A impugnam o acórdão recorrido apontando violação ao art. 1.022, I e II, do CPC, tendo em vista a existência de vícios de obscuridade, contradição e omissão na decisão, não superados a despeito da oposição de embargos declaratórios.

Cabe conhecer, no ponto, dos recursos interpostos. No mérito recursal, entretanto, rejeita-se a apontada violação aos dispositivos legais citados, haja vista que a leitura do acórdão recorrido convence de que ele esteja fundamentado de maneira satisfatória, razoável e suficiente, tendo sido apreciados, conjunta ou isoladamente, todos os argumentos apresentados pelos recorrentes. Além disso, é pacífico o entendimento de que não há ofensa ao art. 1.022, I e II, do CPC quando o acórdão recorrido tenha se manifestado de maneira fundamentada e adequada a respeito das questões relevantes suscitadas pelas partes, não havendo vício no julgado tão somente pelo fato de a solução conferida à controvérsia ser distoante daquela desejada pelo recorrente.

Nesse sentido, a jurisprudência da Primeira Turma:

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Não ocorrência. Inexistência do dispositivo tido por violado. Argumentação deficiente. Súmula 284/STF. Violação a súmula. Impossibilidade. Não enquadramento no conceito de lei federal.

1. Tendo sido o recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado n. 3/2016/STJ.

2. Afasta-se a alegada violação do artigo 1.022 do CPC/15, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

3. O recorrente, nas razões do recurso especial, aponta violação do art. 489, IV, do CPC/15. Escorreita a aplicação da Súmula 284/STF, uma vez que tal dispositivo não consta do aludido diploma legal.

4. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a Súmula, ainda que vinculante, porque o termo não está compreendido na expressão "lei federal", constante da alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.947.313/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/3/2022, DJe de 30/3/2022)

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Credenciamento junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Exigência de certidão negativa de débito. Arts. 489, § 1º, e 1.022 do CPC/2015. Omissão não caracterizada. Incabível a alegação de ofensa à súmula. Súmula 518/STJ. Princípio da legalidade. Ausência de indicação do dispositivo de lei tido por violado. Súmula 284/STF. Acórdão do Tribunal de origem amparado em fundamentos constitucional e infraconstitucional. Súmula 126/STJ. Controvérsia que demanda a interpretação de instrução normativa. Inviabilidade.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 10, 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. Esta Corte firmou entendimento de que enunciado ou súmula de tribunal não equivale a dispositivo de lei federal, restando desatendido o requisito do art. 105, III, *a*, da CF (Súmula n. 518/STJ).

3. A alegada ofensa ao princípio da legalidade não está amparada na violação de qualquer lei federal. Destarte, a ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado implica deficiência de fundamentação do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF.

4. O Tribunal de origem, ao decidir a questão relativa à possibilidade de exigência da Certidão Negativa de Débito, no caso concreto, amparou-se em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer um deles apto a manter inalterado o acórdão recorrido. Incidência da Súmula 126/STJ.

5. O exame da controvérsia demanda a análise da IN n. 54/2011 do MAPA, ato normativo que não se enquadra no conceito de “tratado ou lei federal” de que cuida o art. 105, III, *a*, da CF.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.646.468/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/4/2020, DJe de 24/4/2020)

8. Sustentam as recorrentes Consórcio FM Rodrigues/CLD e Iluminação Paulistana SPE S/A que o acórdão recorrido teria infringido o art. 3º da Lei 8.666/93; os arts. 20, 22 e 30 da LINDB; e os arts. 8º e 14 da Lei 12.846/2013, haja vista que teria sido reconhecida, de maneira equivocada, nulidade insanável em razão da inobservância de processo específico para a declaração de

inidoneidade de empresa integrante do Consórcio Walks (Quatro Participações S/A).

Sobre o tema recursal em exame, não cabe conhecer do recurso quanto ao apontamento de violação aos arts. 20, 22 e 30 da LINDB, haja vista que os recorrentes se restringiram à transcrição acrítica dos dispositivos legais, sem nenhuma exposição de fundamentação clara e persuasiva que pudesse conduzir à conclusão de efetiva violação das normas invocadas. Incide, no ponto, uma vez mais, o óbice da Súmula 284/STF.

Quanto aos demais dispositivos legais invocados pelos recorrentes, afere-se que o acórdão recorrido, em minucioso exame dos fatos e provas dos autos, asseverou que ainda que houvesse justa causa para a extensão da sanção de inidoneidade da empresa Alumini Engenharia S/A para a Quatro Participações S/A, ocorreu, no caso concreto, violação do contraditório e da ampla defesa, pela inobservância de processo administrativo específico, instaurado perante autoridade competente do Poder Executivo municipal.

Diz o acórdão, com efeito (fls. 4.440/4.442 e fls. 3.315/3.317):

Salta aos olhos, contudo, as seguintes circunstâncias: (i) não houve um processo administrativo específico para declaração de inidoneidade da Quatro Participações S. A., com trâmite e decisão segundo as exigências da Lei n. 12.846/2013; (ii) esta inidoneidade foi declarada pela Comissão Especial de Licitação, no curso do procedimento licitatório, como incidente desse procedimento, ratificada posteriormente pelo Secretário Municipal de Serviços e Obras (v.g. fls. 1.194/1.196 do MS 1000100-46.2018.8.26.0635; decisão da CEL publicada no DOC de 08/07/2017, p. 86) e, depois, na fase de habilitação, confirmada essa exclusão, pela própria Comissão (v.g. fls. 1.198/1.199 do MS 1000100-46.2018.8.26.0635; decisão da CEL publicada no DOC de 09/02/2018, p. 139/140); (iii) para que esta inidoneidade fosse declarada, foi necessária a desconsideração da personalidade jurídica da Quatro Participações S. A. e da Alumini Engenharia S/A. Assim, esse procedimento contém nulidade insanável, pois viola a literalidade da Lei n. 12.846/2013, a Lei Anticorrupção. Deveras, tal lei dispõe sobre a sanção de inidoneidade e sobre desconsideração da personalidade jurídica, feitas pela Administração, em razão de atos lesivo à Administração Pública. Contudo, essa mesma lei estabelece a competência para aplicar esta sanção, com eventual desconsideração da personalidade jurídica e a necessidade de um processo administrativo específico para tanto, com observação de contraditório e ampla defesa. (...) Ora, aplicados estes dispositivos ao caso concreto, pode-se chegar à conclusão de que ainda que houvesse justa causa para a desconsideração da personalidade jurídica e extensão da inidoneidade da Alumini Engenharia S. A. para a Quatro Participações S. A., isso deveria

ter sido feito mediante um processo administrativo específico, assegurados o contraditório e ampla defesa, instaurado de ofício ou por provocação, pela autoridade máxima de órgão do Poder Executivo local, ou mediante delegação, mas não pela Comissão Especial de Licitação (sem delegação para tanto), no curso do procedimento licitatório, com decisão pela própria Comissão e posteriormente submetida à ratificação pelo Secretário, como ocorreu.

Por sua vez, diz a recorrente, em abono à sua tese, que o acórdão recorrido, ao promover a nulidade da decisão de inabilitação do Consórcio Walks por vício formal no processo de declaração de inidoneidade da Quatro Participações S/A, “favoreceu a fraude grosseira e evidente” do consórcio inabilitado, já que a Quatro seria “*mera casca jurídica da Alumini, criada para burlar a legislação, tanto que ambas as empresas possuem o mesmo endereço, mesmo correio eletrônico, mesmo quadro societário, mesmo local de realização de assembleias e mesmos atestados técnicos*” (fl. 4.671 e fl. 3.561).

Tudo somado, afere-se que o recurso especial, também neste capítulo específico, não ultrapassa a barreira da admissibilidade, presente o óbice da Súmula 7/STJ, já que demanda inevitável revolvimento de todo o substrato fático-probatório dos autos infirmar as conclusões do acórdão recorrido quanto à violação de garantias processuais devidas ao licitante inabilitado. Incide, por sua vez, no mesmo óbice processual, a verificação da procedência das razões alinhavadas no recurso especial, quer quanto à existência de *fraude grosseira e evidente* na espécie; quer quanto à afirmada sobreposição da existência jurídica das empresas Alumni e Quatro.

9. Os quatro recorrentes alegam que o acórdão recorrido teria violado o art. 492 do CPC, tendo julgado além do pedido naquilo em que promovida a anulação de todo o procedimento licitatório “Concorrência Internacional 01/SES/2015”, impondo-se ao Município de São Paulo, ainda, obrigação de fazer consistente em “*novo procedimento licitatório para contratação da concessão da iluminação pública, na forma como se ventilou de início ou em forma desmembrada por lotes, desde que assegurada a mais ampla concorrência*” (fl. 4.451 e fl. 3.326).

Neste capítulo recursal, têm razão os recorrentes.

De fato, os pedidos deduzidos nas ações mandamentais eram certos, determinados e limitados, *tout court*, à invalidação das decisões administrativas de desclassificação do Consórcio Walks do certame. Não houve, em momento algum da exposição das causas de pedir e dos pedidos nas iniciais dos *mandamus*, exteriorização pelo consórcio impetrante de pretensão de anulação da totalidade da licitação controvertida, deflagrando-se, com isso, novo procedimento *ab ovo*.

Além disso, a anulação cabal da licitação, tal como promovida pelo acórdão recorrido, não pode ser placitada sob o argumento de que guardaria pertinência com o pedido efetivamente deduzido, hipótese essa que encontraria amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em especial desta Primeira Turma (*v.g.* AREsp 790.415/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 16/11/2020, DJe 27/11/2020; AgRg no REsp 910.336/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/03/2009, DJe 30/03/2009). Assim não se dá na espécie, já que a realização de novo certame permitiria, em tese, a admissão de novos licitantes na renovada disputa, o que vai flagrantemente de encontro aos interesses do próprio consórcio impetrante, não se podendo, enfim, inferir pertinência onde há notório antagonismo.

Ocorreu no caso concreto, portanto, efetiva violação ao art. 492 do CPC, pela prolação de decisão que, indo além do pedido, concedeu prestação jurisdicional não postulada.

O provimento dos recursos especiais, no ponto, é medida que se impõe, e a correção do acórdão resolve-se pelo simples decote daquilo que fora concedido para além do pleiteado – leia-se: do conteúdo *extra petita* do provimento jurisdicional –, até porque os pedidos efetivamente deduzidos foram apreciados pelo tribunal de origem, não sendo o julgamento deles contaminado pela anulação do excesso decisório (*utile per inutile non vitiatur*).

Consigne-se, por oportuno, que o acolhimento da alegação de infringência ao art. 492 do CPC torna prejudicado o exame da alegação constante do recurso especial dos recorrentes FM Rodrigues/CLD e Iluminação Paulistana SPE S/A de violação aos arts. 15, 141, 276, 277, 281 e 283 do CPC, a qual tinha idêntico escopo, ainda que sob outro enfoque jurídico.

10. Por fim, deixo registrado um par de considerações, a título de *obiter dictum*, considerada a relevância do serviço público concedido (iluminação pública), o qual não se submete – e não deve ser submetido – a qualquer forma de solução de continuidade.

O provimento dos recursos especiais interpostos, limitado à invalidação do *excesso decisório* contido no acórdão recorrido, tem por consequência a manutenção desse mesmo acórdão naquilo em que promovida a invalidação das decisões administrativas de inabilitação do Consórcio Walks, situação jurídica que não se mostra nem de longe inexecutável na atualidade, ainda que se considere a superveniente celebração, entre o Município de São Paulo e o Consórcio FM Rodrigues/CLD, de contrato administrativo de concessão do objeto licitado.

O refazimento de atos licitatórios, ainda que no atual estágio de execução do serviço público concedido, foi admitido pelo próprio Município concedente, conforme se extrai das razões de seu recurso especial (fls. 4.848/4.849 e fls. 3.739/3.740):

A anulação da licitação por completo não é consequência lógica do reconhecimento judicial da ilegalidade da exclusão da recorrida por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Perfeitamente possível o prosseguimento da concorrência a partir da instauração e decisão de procedimento administrativo visando à apuração dos fatos levados ao conhecimento da Comissão Especial de Licitação (inidoneidade de empresa controlada pela embargada, desconsideração da personalidade jurídica e extensão da penalidade da Corregedoria Geral da União ao Consórcio participante da Concorrência Internacional n. 001/SES/2015). A nulidade da exclusão de um participante no meio do procedimento licitatório poderia interferir em licitação na modalidade pregão, por exemplo, em que há oferta de lances. Poder-se-ia alegar, ali, que o conhecimento prévio dos lances ofertados pelos demais licitantes macularia o prosseguimento da licitação. No caso em tela, porém, por se tratar de licitação para contratação de parceria público-privada, em que se previa apenas a apresentação de propostas econômicas em envelopes lacrados, inexistindo lances em viva voz, a retomada da concorrência a partir da fase em que a recorrida foi excluída em nada interferiria na integralidade do procedimento. Mantida a participação da recorrida, seria aberto o invólucro com os seus documentos. Verificado o atendimento das exigências do edital, a recorrida seria declarada vencedora. Caso constatado o não atendimento, a outra licitante seria a vencedora. O desfecho da Concorrência Internacional n. 001/SES/2015 de modo algum seria alterado por se conhecer previamente as propostas econômicas das licitantes.

A retomada do processo licitatório, de toda forma, deverá ser conciliada por quem de direito – o Município de São Paulo – ao atual estágio de execução do serviço público licitado, segundo critérios administrativos de conveniência e oportunidade que poderão, ou não, conduzir a decisões político-administrativas de relicitação do serviço como um todo ou em lotes.

À retomada da licitação, entretanto, tal como derivada dos comandos emergentes do acórdão recorrido, não corresponde, *ipso facto*, a extinção, modificação ou anulação do contrato administrativo celebrado com o licitante até então havido como vencedor, o que se registra, repito, em atenção à relevância do serviço público concedido, que não deve ser submetido a qualquer espécie de interrupção pelo imbróglio jurídico decorrente da má condução do processo licitatório original. Não há, quer no acórdão recorrido, quer neste voto,

interpretação juridicamente possível que autorize a abrupta interrupção do serviço de iluminação pública contratado.

A assinatura do contrato e a consequente execução parcial de seu objeto não são impeditivos ao cumprimento do quanto decidido, ante o repúdio que o sistema jurídico oferece à teoria do “fato consumado”, em especial nas relações jurídicas havidas entre particulares e a Administração Pública.

Nesse sentido, reafirmo tudo o quanto decidido no tópico 6, *supra*, ao que acrescento o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 608.482/RN, submetido à repercussão geral da matéria (Tema 476/STF), quando então fixada tese jurídica de eficácia vinculante a dizer que “*não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado*”.

Embora cuidasse o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* em comento, de controvérsia pertinente a exercício de cargo público, aplica-se a mesma *ratio decidendi* daquele precedente à hipótese dos autos, considerada a previsão do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que submete a contratação de particulares pela Administração a processo de licitação pública, e conforme bem se evidencia pelo excerto do voto condutor que colaciono:

(...) O que se quer realçar, com essa digressão sobre a natureza dos provimentos cautelares e da execução provisória das sentenças, é que não há suporte lógico ou teleológico para, em relação aos efeitos de sua efetivação, pretender evitar o retorno ao status quo ante invocando o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima. Se nem esses princípios podem, aqui, ser contrapostos aos que orientam o sistema constitucional de acesso aos cargos públicos, o que resta como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão recorrido é, apenas, o interesse individual de manter o cargo. Ora, esse interesse da recorrida não tem aptidão para justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. Aliás, a esse interesse individual se opõe, desde logo e com manifesta supremacia, até mesmo outro interesse particular de mesma natureza, daquele candidato que, tendo se submetido e obtido aprovação no concurso, foi, no entanto, alijado do cargo, que acabou ocupado por outro concorrente sem observância das exigências constitucionais.

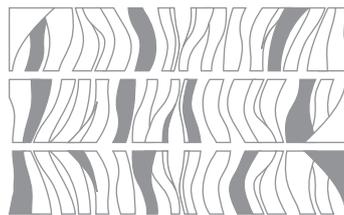
O quanto decidido relativamente ao exercício de cargo público aplica-se, *mutatis mutandis*, às licitações públicas: não se pode sobrepor o interesse

individual do particular a quem adjudicado o objeto de licitação e com quem celebrado contrato administrativo ao interesse público de preservação da lisura e regularidade dos processos licitatórios. Esses “fatos consumados” – a adjudicação e a celebração do contrato – não têm aptidão para justificar o desatendimento do interesse público de cumprimento da norma constitucional do art. 37, XXI, da CF/88, e tampouco autorizam que o interesse particular do licitante contratado seja privilegiado em detrimento de outro interesse particular de mesma natureza, daquele licitante que, tendo se submetido a processo licitatório irregular, tenha sido injustamente inabilitado ou desclassificado do certame.

Nem é preciso, em verdade, socorrer-se da *ratio decidendi* do precedente em tela para reconhecer, no caso concreto, a impropriedade que há em se aventar a consolidação do resultado final da licitação, e do contrato administrativo que lhe é subsequente, à luz do denominado “fato consumado”. Basta ver que o contrato celebrado estabelece em 20 (vinte) anos o prazo de concessão do serviço público de iluminação, tendo decorrido não mais do que uma quarta parte desse prazo de execução. Além disso, investimentos que tenham sido feitos pela concessionária podem ser objeto de trabalhosa – mas não impossível – reparação, considerando-se, para tanto, os valores pagos pelo município à concessionária durante a execução do serviço nos termos do contrato entabulado, além de eventuais valores que devam ser desembolsados por novo concessionário contratado. Não se pode descartar, por fim, que superados os vícios do processo licitatório original tal como afirmados no acórdão recorrido, o mesmo concessionário venha a ser declarado novamente vencedor da licitação litigiosa, hipótese na qual a relação jurídica estabelecida entre o município licitante e o particular contratado ganhará, finalmente, ares de definitividade.

Ante o exposto, conheço do recurso especial interposto por Consórcio Walks e conheço em parte dos recursos especiais interpostos por Consórcio FM Rodrigues/CLD, Iluminação Paulistana SPE S/A e pelo Município de São Paulo; na extensão do conhecimento, dou provimento parcial aos recursos especiais, para anular parcialmente o acórdão recorrido, exclusivamente no que toca ao excesso decisório relativo à anulação integral do processo licitatório “Concorrência Internacional 01/SES/2015” e à imposição ao município recorrente de obrigação de fazer consistente na realização de nova licitação para a concessão do serviço público de iluminação.

É como voto.



Segunda Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.407.773-RJ (2018/0316817-0)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Agravante: Universidade Federal do Rio de Janeiro

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Ambiental e Processual Civil. Agravo em recurso especial. Ação civil pública. Despejo de esgoto *in natura* em águas pluviais. Responsabilidade civil. Dano ambiental afirmado pelas instâncias ordinárias. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Irrelevância da prova pericial para o caso. Determinação de que o dano seja quantificado em liquidação. Possibilidade. Prova da ausência de potencial lesivo. Ônus atribuído, pelas instâncias ordinárias, à parte ré. Fundamentação extraída do art. 373, II, do CPC/2015 e dos princípios da precaução e do *in dubio pro natura*. Agravo conhecido, para conhecer, em parte, do recurso especial, e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

I. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), com base em procedimento instaurado para apurar a contaminação do litoral carioca, incluída a Baía de Guanabara, por resíduos de diversas unidades hospitalares, na qual a parte autora narrou que “o Hospital Escola de São Francisco de Assis (HESFA) vem despejando esgoto *in natura* diretamente na rede de águas pluviais”.

II. O Juízo de 1º Grau, constatando que a obrigação de fazer fora satisfeita pela ligação de esgotos sanitários, julgou parcialmente procedentes os pedidos, “para condenar o Réu ao pagamento de indenização a ser apurada em sede de liquidação (...), em razão dos danos ambientais decorrentes da inexistência e/ou insuficiência do sistema de tratamento de esgotos, estes lançados indevidamente por longos anos em corpo receptor inadequado (Canal do Mangue)”. O Tribunal de origem manteve a sentença.

III. O Recurso Especial teve o seu seguimento negado quanto à alegação de prescrição, mediante aplicação, pelo Juízo *a quo*, do Tema 999 da repercussão geral (“É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”), bem como, quanto ao restante das alegações, foi ele inadmitido, por decisão impugnada pelo Agravo em Recurso Especial ora examinado, que merece conhecimento.

IV. À luz do que decidido pelo acórdão recorrido, não houve violação ao art. 1.022, I e II, do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do aresto proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

V. Quanto à alegação de ausência de prova do dano ambiental, o Tribunal de origem afirmou que “o INEA - Instituto Estadual do Ambiente realizou vistoria nas 24 unidades de saúde listadas pelo MPF, constatando que o HESFA ‘não possui sistema de tratamento de efluentes sanitários. O esgoto gerado no estabelecimento é lançado *in natura* na pluvial e direcionado para o Canal do Mangue”. Com base nesse e em outros fatos transcritos no acórdão recorrido, concluiu o Tribunal *a quo* ser “possível afirmar a conduta omissiva da parte ré durante extenso lapso temporal no sentido de deixar de providenciar a correta destinação de seus efluentes sanitários, apesar de, inclusive, já possuir estrutura a tanto”.

VI. Sendo assim, incide a orientação segundo a qual “a aferição da existência, ou não, de dano ambiental é inviável no âmbito do recurso especial ante a necessidade de reanálise do conjunto probatório, tendo em vista o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça” (STJ, AgInt no AREsp 2.114.565/ES, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, DJe de 13/03/2023). Na mesma direção, os seguintes julgados, proferidos também em casos de lançamento de esgoto *in natura* em local impróprio: STJ, AgInt no AREsp 777.724/RJ, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, DJe de 01/10/2018; AgInt no AREsp 1.725.379/AL, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, *Segunda Turma*, DJe de 06/04/2021; REsp 1.814.111/SE, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe de 18/11/2019.

VII. O que as instâncias ordinárias não delimitaram, na verdade, foi a extensão do dano, determinando que isso fosse feito na fase

de liquidação, solução que encontra amparo na jurisprudência: “Reconhecido o dano ambiental, a quantificação de sua dimensão pode ser relegada para a liquidação da sentença” (STJ, AgRg no REsp 1.454.272/RJ, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Terceira Turma*, DJe de 10/11/2015). A propósito: STJ, REsp 1.168.045/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 14/09/2011; REsp 982.923/PR, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, *Quarta Turma*, DJe de 12/08/2008; AgInt no AREsp 1.130.239/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 26/02/2018; AgRg nos EDcl no AREsp 768.045/PR, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, DJe de 10/03/2016; AgRg no AREsp 206.769/RJ, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, DJe de 04/02/2013.

VIII. Por esse motivo, o fato de o Ministério Público ter desistido da perícia antes requerida não tem o impacto afirmado pela parte recorrente, já que, na petição inicial, se postulou o “pagamento de indenização, quantificada por perícia”. Em nova manifestação, esclareceu o órgão ministerial que estava requerendo, “além da implantação do sistema de tratamento, o pagamento de indenização, a ser quantificada por perícia”. Portanto, ao menos no caso sob exame, a prova técnica foi requerida tão somente com o fim de quantificar a lesão, questão sobre a qual as instâncias ordinárias não avançaram.

IX. De igual forma, não prospera o argumento de que o acórdão recorrido teria violado os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, ao fundamento de que “em nenhum momento na fase de conhecimento foi proferida decisão invertendo o ônus probante, sendo realizada apenas em sede de apelação”.

X. A tese não se sustenta, em primeiro lugar, porque o Tribunal de origem, apreciando Embargos de Declaração, esclareceu que “deve ser observado que o v. acórdão embargado, ao contrário do alegado pela parte embargante, não inverteu o ônus da prova, mas apenas entendeu pela incidência, no presente caso, do disposto no artigo 373, inciso II, do CPC/2015”. Dessa forma, o Tribunal de origem removeu na via própria, isto é, no julgamento de Aclaratórios, qualquer dúvida sobre a solução dada à causa: entendeu comprovado o dano ao meio ambiente – fato constitutivo da pretensão reparatória – e não provado, pela parte ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC/2015, art. 373, I e II). Como já se decidiu em

caso análogo, essa conclusão não pode ser sindicada na via do recurso especial: “A Corte de origem concluiu que ‘não houve (...) qualquer inversão indevida no ônus da prova. A prova constitutiva do direito está exposta na inicial da ação, cabendo a parte ré desconstituí-la’, o que não fez (...) Objetiva o recorrente, na verdade, a rediscussão da prova dos autos para o fim de alterar o mérito da questão, o que é inviável por meio do Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 do STJ” (STJ, AgInt no AREsp 2.004.087/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 27/06/2022). Por outro lado, é firme o entendimento de que a Súmula 7/STJ impede a revisão do juízo, feito pelas instâncias ordinárias, acerca da natureza dos fatos da causa, constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.727.177/MT, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, Quarta Turma, DJe de 04/11/2021; AgInt no AREsp 2.166.995/SP, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, Quarta Turma, DJe de 15/12/2022; AgInt no AREsp 1.310.650/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Terceira Turma, DJe de 25/06/2020.

XI. Ademais, embora os princípios da precaução e do *in dubio pro natura* – expressamente invocados pelo Tribunal *a quo* – sirvam de fundamento para a inversão do ônus da prova, nos termos hoje consagrados pela Súmula 618/STJ (“A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”), tais normas principiológicas a isso não se restringem. Servem, de modo mais amplo, como legítimos vetores interpretativos em matéria ambiental. Nesse sentido: “A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*” (STJ, REsp 1.198.727/MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 09/05/2013). Nesse sentido: STJ, REsp 1.367.923/RJ, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, DJe de 06/09/2013; REsp 1.356.207/SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Terceira Turma, DJe de 07/05/2015.

XII. No caso, as instâncias ordinárias determinaram o sentido concreto das cláusulas abertas previstas no art. 373, II, do CPC/2015 – fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito – à luz das circunstâncias da causa e, ainda, das imposições materiais derivadas do particular sistema de presunções do Direito Ambiental. Nesse sentido, entendeu o Tribunal de origem que, entre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que a parte recorrente tinha o

ônus de demonstrar, incluiu-se “o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva”, o que representa, no peculiar caso dos autos, uma correta densificação processual dos princípios da precaução e do *in dubio pro natura*.

XIII. No caso sob exame não se pode dizer que a parte recorrente foi surpreendida quanto ao comportamento processual que dela se esperava: desde a petição inicial, o que se vem afirmando é que a fiscalização dos órgãos estaduais de controle “constatou despejo de esgoto *in natura* na galeria das águas, havendo nítido *nexo causal* com a *conduta omissiva* da Ré”. Essas imputações foram compreendidas pela parte recorrente, que já na contestação as rebateu, alegando que não haveria “provas de que o Hospital Escola São Francisco de Assis esteja lançando esgoto na rede de águas pluviais”, bem como que “não há qualquer relação entre o risco inerente a atividade hospitalar e o suposto dano afirmado na inicial”. Contra a sentença condenatória, aduziu-se, na Apelação, que no “Laudo de Vistoria Técnica, solicitado pela Prefeitura Universitária (...), concluiu-se que ‘não é possível afirmar e comprovar qual a caixa de inspeção do HESFA tem ligação com coletor público (...)’. O laudo nestes termos não é conclusivo. E na mesma linha dos laudos anteriores não menciona ou quantifica o potencial lesivo dos resíduos eliminados pela HESFA (Hospital Escola São Francisco de Assis)”.

XIV. Contudo, o Tribunal de origem, mediante uma pormenorizada apreciação das provas e dos fatos, afirmou, no acórdão recorrido, que “os resíduos químicos líquidos (como glutaraldeído e efluentes dos equipamentos laboratoriais) eram desprezados ‘*in natura*’ na rede de esgoto sanitário da unidade (...) Esses efluentes químicos não eram tratados pela unidade (...) o HESFA ‘não possui sistema de tratamento de efluentes sanitários. O esgoto gerado no estabelecimento é lançado *in natura* na pluvial e direcionado para o Canal do Mangue’ (...) Comprovada a conduta de esgotamento sanitário irregular, *in natura* nas redes pluviais, a prova do dano ambiental não depende de conhecimento técnico, ainda que sua extensão não seja de mensuração exata”.

XV. As instâncias ordinárias decidiram com base em provas e documentos sobre os quais ambas as partes se manifestaram ou tiveram a oportunidade de se manifestar, não havendo que se falar,

também sob esse aspecto, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

XVI. Agravo conhecido, para conhecer, em parte, do Recurso Especial, e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

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, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sra. Ministra-Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de maio de 2023 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 26.5.2023

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Agravo em Recurso Especial contra decisão que não admitiu Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

Ação civil pública. Ambiental. Lei 6.938/81. Esgotamento sanitário. Irregularidade comprovada. Despejo *in natura* na rede pluvial. Conduta omissiva da parte ré. Art. 6º, VIII do CDC e art. 21 da Lei 7.347/85. Desprovimento.

1. A Constituição Federal de 1988 dimensionou de forma significativa o meio ambiente, ampliando sua conceituação ao trazer o ser humano ao centro da questão ambiental e apontá-lo simultaneamente como destinatário e implementador, quando impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, a teor de seu art. 225, *caput*.

2. Descabe a alegação de que ocorrida a prescrição da pretensão autoral, uma vez que é firme a jurisprudência do eg. STJ quanto à imprescritibilidade da ação de reparação de dano ambiental.

3. A autonomia e elevada proteção ao meio ambiente garantida pela nova ordem constitucional fizeram com que a responsabilidade civil nessa seara fosse instituída como objetiva pelo ordenamento jurídico, sendo desnecessário aferir o elemento subjetivo do agente poluidor, conforme se verifica do art. 14, § 1º da Lei 6.938/81.

4. Mostra-se essencial aferir a ocorrência ou não do dano ambiental, bem como sua quantificação, uma vez que qualquer atividade potencialmente poluidora já é suficiente à caracterização denexo causal entre ela e um efeito ambiental negativo, conferindo-se ao meio ambiente manto protetor no caso de incerteza por falta de provas cientificamente relevantes, o que se denomina princípio da precaução.

5. Dos documentos acostados (inspeção realizada pela Superintendência de Vigilância Sanitária, vistoria e parecer técnico do INEA, informações da CEDAE), é possível afirmar a conduta omissiva da parte ré durante extenso lapso temporal no sentido de deixar de providenciar a correta destinação de seus efluentes sanitários, apesar de, inclusive, já possuir estrutura a tanto, de modo que a questão somente veio a se regularizar em setembro/2017.

6. Em que pese a ausência de realização de perícia, fato é que, com fundamento nos princípios da precaução e da prevenção, aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de repará-los, transferindo-se a ele o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. Trata-se da aplicação da inversão do ônus da prova em matéria ambiental que, enquanto direito difuso, possui como destinatário a sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente, a teor do artigo 6º, VIII, do CDC c/c artigo 21 da Lei n. 7.347/85.

7. Resta comprovada a conduta de esgotamento sanitário irregular, *in natura* nas redes pluviais, bem como o prejuízo ambiental, tendo em vista que a parte ré em nenhum momento desincumbiu da demonstração do contrário.

8. Recurso de apelação desprovido (fls. 635/636e).

Opostos Embargos de Declaração, pela ré (fls. 641/655e), foram eles rejeitados (fls. 661/675e).

No Recurso Especial aponta-se ofensa aos arts. 5º, 7º, 357, III, 373, I e II, § 1º, e 1.022, I e II, do CPC/2015, 1º-C da Lei 9.494/97, 6º, VIII, do CDC, 1º, 13 e 21 da Lei 7.347/85 e 3º, IV, e 4º, VII, da Lei 6.938/81.

Argumenta a parte recorrente:

1. *Da negativa de vigência ao artigo 1.022, I e II do novo CPC*

Observa-se acima que, a despeito da ausência, no Acórdão recorrido, da expressa menção a determinados dispositivos legais, atendido estava o requisito



do prequestionamento, uma vez que os mesmos foram apreciados quando do exposto exame de outros dispositivos infraconstitucionais (prequestionamento implícito) e que foram manejados embargos de declaração com o firme propósito de prequestionar a matéria infraconstitucional a ele atinente.

Não sendo, este, todavia, o entendimento desta Corte (o que se cogita a mero título de argumentação), o que significaria compreender que as questões federais relacionadas com os dispositivos legais que não foram objeto de expressa menção no Acórdão recorrido não teriam sido sequer apreciadas quando do exposto exame de outros dispositivos legais, flagrantemente configurada está omissão, no Acórdão recorrido, que não foi sanada quando do julgamento dos embargos de declaração.

(...)

2. Da violação aos demais normativos infraconstitucionais

O acórdão recorrido violou os seguintes dispositivos: artigos 5º, 7º, 357, III, 373, I e II, § 1º, do novo CPC, artigo 1º-C da Lei 9.494/97, artigo 6º, VIII, do CDC, artigo 1º, 13 e 21 da Lei n. 7.347/85, artigo 3º, IV, e 4º, VII, da Lei n. 6.938/81.

2.1. Da violação ao artigo 1º-C da Lei 9.494/97, ante o novo alcance dado ao artigo 37, § 5º, da Constituição Federal: recente posicionamento do e. Supremo Tribunal Federal sobre o tema da prescrição da pretensão indenizatória (Repercussão Geral 666, Recurso Extraordinário n. 669.069, de 3 de fevereiro de 2016)

O c. acórdão prolatado a fls. 622/636 entendeu por não configurada a prescrição da pretensão indenizatória com base no entendimento firmado no c. Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do trecho do voto relator:

Nesse contexto, descabe a alegação de que ocorrida a prescrição da pretensão autoral, uma vez que é firme a jurisprudência do eg. STJ quanto à imprescritibilidade da ação de reparação de dano ambiental. – grifo nosso

Não foi considerada, contudo, a norma disposta no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal no r. acórdão embargado, cujo teor segue abaixo:

Art. 37. (...)

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Não houve, por via de consequência, enfretamento quanto ao recente posicionamento firmado pelo e. Supremo Tribunal Federal que, em sede de repercussão geral, Tema 666, estabeleceu o alcance do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, entendendo que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”, ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 669.069, vejamos:

(...)

(...) a r. sentença de mérito prolatada nos presentes autos fixou como marco indenizatório a data em que o Hospital Escola São Francisco de Assis foi inspecionado pelo Setor de Resíduos (fls. 109), em 19/06/2008.

Assim, sendo certo que a presente ação foi ajuizada em 20/03/2014 (conferir certidão de fls. 163), conclui-se que transcorreram mais de 5 (cinco) anos da data fixada por este MM. Juízo como marco indenizatório. O quinquídio legal consubstanciou-se em 19/06/2013.

O artigo 1º-C da Lei 9.494/97, por sua vez, estabelece que prescreverá em cinco anos o direito de obter ressarcimento de caráter indenizatório dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público:

Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001)

Resta, nestes termos, fulminada pela prescrição a pretensão de obter indenização em face da UFRJ, por eventuais danos causados em decorrência das irregularidades constatadas nas ligações da rede de esgoto do Hospital Escola São Francisco de Assis.

(...)

3. Da violação aos artigos 5º, 7º, 357, III, 373, I e II, § 1º, do novo CPC, artigo 6º, VIII, do CDC, artigo 1º, 13 e 21 da Lei n. 7.347/85, artigo 3º, IV, e 4º, VII, da Lei n. 6.938/81: Inexistência de decisão em primeira instância determinando a inversão do ônus da prova em desfavor da UFRJ, nos termos do artigo 6º, VIII, do CDC c/c artigo 21 da Lei n. 7.347/85 – violação ao devido processo legal e ao amplo direito de defesa da parte ré recorrente, e inexistência de comprovação do dano a ensejar responsabilidade objetiva da entidade pública.

O respeitável acórdão ora impugnado entendeu, com fundamento nos princípios da precaução e da prevenção, que aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de repará-los, havendo, por conseguinte, a transferência do ônus de provar que a sua conduta não foi lesiva (fl. 631 e 633). Vale transcrever o trecho que retiramos tal conclusão:

(...)

Dito com outras palavras, aplicou o Princípio da Precaução, o qual impõe ao sujeito que desenvolve uma atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente o ônus de provar que sua atividade não lhe oferece riscos.

Aplicou, nestes termos, a inversão do ônus da prova em matéria ambiental, a teor do artigo 6º, VIII, do CDC c/c artigo 21 da Lei n. 7.347/85,

asseverando, ao final que “resta comprovada a conduta de esgotamento sanitário irregular, *in natura* nas redes pluviais, bem como o prejuízo ambiental, tendo em vista que a parte ré em nenhum momento desincumbiu da demonstração do contrário” (grifo nosso).

O r. acórdão vergastado, neste contexto, viola os postulados do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, da CRFB), sendo certo que em nenhum momento na fase de conhecimento foi proferida decisão invertendo o ônus probante, sendo realizada apenas em sede de apelação.

Importante esclarecer que, no julgamento dos declaratórios, o acórdão a fl. 668, por sua vez, asseverou, de forma diametralmente oposta ao disposto no r. acórdão de fls. 622/636, não houve inversão do ônus probatório, mas tão somente a aplicação do artigo 373, II, do CPC/15, cabendo ao réu o ônus da prova quanto à fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor:

Noutro giro, deve ser observado que o v. acórdão embargado, ao contrário do alegado pela parte embargante, não inverteu o ônus da prova, mas apenas entendeu pela incidência, no presente caso, do disposto no artigo 373, inciso II, do CPC/2015. Ou seja, que a ré, ora embargante, não teria se desincumbido do ônus da prova quanto à fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, do Ministério Público Federal no caso. – grifo nosso

Ora, tal fundamento vai de encontro ao relatado no r. acórdão de fls. 622/636, que realiza sua argumentação de forma diametralmente oposta, conforme transcrição acima.

Sabe-se que a presente ação tem por fundamento a responsabilidade civil objetiva por dano ambiental e os dois pressupostos para a sua caracterização, ou melhor, os dois requisitos para configurar o direito à reparação são exatamente a comprovação donexo causal e a comprovação do dano. A comprovação do dano, neste passo, configura fato constitutivo do direito do autor, que no caso é o MPF. Não sendo comprovado o dano, não há que se falar em responsabilidade objetiva a ensejar reparação.

Vale transcrever decisão do e. Tribunal de Justiça de Roraima que deixa clara a premissa acima explanada:

(...)

Por conseguinte, transferir ao réu, no caso, a UFRJ, a comprovação da inexistência de dano causado ao meio ambiente pela sua conduta, nada mais é que transferir um ônus que inicialmente caberia ao autor, pois constitutivo do seu direito, mas que, por inversão, foi repassado ao réu. A decisão do e. STJ bem elucida a questão:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Processual Civil. Direito Civil e Direito Ambiental. Construção de usina hidrelétrica. Redução da produção pesqueira. Súmula n. 7/STJ. Não cabimento. Dissídio notório. Responsabilidade objetiva. Dano inconteste. Nexo causal. Princípio da precaução. Inversão do ônus da prova. Cabimento. Precedentes.

1. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula n. 7/STJ, haja vista que os fatos já restaram delimitados nas instâncias ordinárias, devendo ser revista nesta instância somente a interpretação dada ao direito para a resolução da controvérsia. Precedentes.

2. Tratando-se de dissídio notório, admite-se, excepcionalmente, a mitigação dos requisitos exigidos para a interposição do recurso pela alínea c “quando os elementos contidos no recurso são suficientes para se concluir que os julgados confrontados conferiram tratamento jurídico distinto à similar situação fática” (AgRg nos EAg 1.328.641/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 14/10/11).

3. A Lei n. 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste.

4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região.

5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento. (STJ - AgRg no AREsp: 206.748 SP 2012/0150767-5, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 21/02/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 27/02/2013) – grifo nosso

O r. acórdão vergastado, neste contexto, viola os postulados do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, da CRFB), sendo certo que em nenhum momento na fase de conhecimento foi proferida decisão invertendo o ônus probante.

Ao contrário, a condução de toda a fase instrutória foi no sentido da produção de prova pelo Ministério Público Federal, com a pretensão de provar o fato constitutivo do seu direito, nos moldes do artigo 373, I, do CPC/15, pretendendo provar o dano ambiental alegado, conforme se verificam dos despachos pronunciados a fls. 165, 187/189, 214, 221, 370,

375, 384, 401, 443/444, 507, 511, 518, 524, 541, com a apresentação pelas partes, inclusive, de quesitos em Juízo (fls. 394/397 e 407/426).

Alterar os rumos da prova, inadvertidamente, sem qualquer pronunciamento judicial, configura quebra da boa-fé processual (artigo 5º e 7º, do CPC/15), ferindo a legítima expectativa da parte ré de ver observada a distribuição do ônus da prova como disposta ordinariamente pelo artigo 373, I e II, do CPC/15.

(...)

Da mesma forma, haverá violação frontal ao devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, CRFB), ante a caracterização do cerceamento de defesa do réu, a quem não foi dada a oportunidade de produzir a prova com base na nova distribuição do encargo probatório.

Não foi por outra razão que o próprio Código de Processo Civil dispôs no § 1º do artigo 373 que a possibilidade de atribuição do ônus da prova de modo diverso do estipulado nos incisos I e II, deve ser feito por meio de decisão fundamentada. Vejamos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. – grifo nosso

Na mesma linha, dispõe o artigo 357, III, do CPC/15 que compete ao Juízo de primeira instância em decisão de saneamento e de organização do processo definir a distribuição do ônus da prova:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. – grifo nosso

Com base nos normativos citados, ainda que legítima a aplicação do artigo 6º, VIII, do CDC c/c artigo 21 da Lei n. 7.347/85, no caso dos autos, admitindo atribuir ao réu o ônus de provar que sua conduta não gera dano ambiental, certo é que não há como dispensar decisão expressa e fundamentada neste sentido, conferindo às partes a possibilidade de produção da prova de acordo com a nova atribuição.

O próprio artigo 6º, VIII, do CDC, utilizado como fundamento nesta ação para a inversão do ônus da prova, exige decisão fundamentada do juiz, posto que este deve justificar a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência da parte cuja inversão irá favorecer:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; - grifo nosso

A jurisprudência do e. do Superior Tribunal de Justiça e do próprio e. Tribunal Federal da 2ª Região são firmes neste sentido, vejamos:

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão “ope judicis” (art. 6º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (“ope legis”), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (“ope judicis”), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão “ope judicis” ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença)

ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão “ope judicis” do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. *Recurso especial desprovido*. (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011) – grifo nosso

Administrativo. Apelação cível. Responsabilidade civil. Contrato bancário. Saque indevido em conta poupança. Inversão do ônus da prova por ocasião da prolação da sentença. Violação ao princípio da ampla defesa. 1. A regra da inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor tem aplicação, na hipótese de saque indevido em conta poupança, quando se convença o magistrado da verossimilhança da alegação. Nada obstante, as consequências jurídicas da inversão do ônus da prova devem ser advertidas em momento anterior ao julgamento da lide, de modo a não ensejar prejuízo ao Réu. 2. Constatado que a inversão do ônus processual somente se deu por ocasião da prolação da sentença, em flagrante violação ao princípio do devido processo legal, com prejuízo à ampla defesa, haja vista que não restou assegurada à instituição financeira a possibilidade de comprovar a regularidade de sua conduta, dirimindo a controvérsia acerca das transações apontadas como fraudulentas, bem como em relação aos depósitos não reconhecidos pela demandante, evidencia-se que a causa não se encontra madura para julgamento. 3. Apelação da CEF parcialmente provida para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para o regular prosseguimento do feito. (TRF-2 - AC: 00172640320154025112 RJ 0017264-03.2015.4.02.5112, Relator: Marcelo Pereira da Silva, Data de Julgamento: 05/07/2017, 8ª Turma Especializada) – grifo nosso

Marcelo Abelha Rodrigues assevera que, nos casos em que há “hipossuficiência científica”, a inversão do ônus da prova com fundamento no princípio da precaução pode ser aplicada em qualquer ação judicial que verse sobre responsabilidade civil ambiental, devendo, no entanto, o julgador determinar essa inversão preferencialmente desde o despacho saneador.

Na hipótese fática em cotejo, vale frisar, em nenhum momento houve decisão do Juízo de primeira instância determinando a inversão do ônus da prova (vale conferir os despachos proferidos a fls. 165, 187/189, 214,

221, 232, 252, 266, 280, 328, 370, 375, 384, 401, 435, 443/444, 457, 507, 511, 518, 524, 541), de forma que a UFRJ se visse compelida a diligenciar os meios probatórios aptos a comprovar a inexistência de dano ambiental supostamente causada pela irregularidade apontada na rede de esgoto do Hospital Escola São Francisco de Assis.

Neste passo, viola a legislação posta e o amplo direito de defesa da UFRJ a ordem judicial que declara em grau de recurso a inversão do ônus probatório, quando na fase de conhecimento a distribuição do ônus da prova, por completa ausência de determinação expressa em contrário, manteve a observância da norma ordinária prevista no artigo 373, I e II, do CPC/15.

Por consequência, o Ministério Público Federal não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cabia, ou seja, não se observa do conjunto probatório existente nos autos qualquer prova de dano ambiental causado pela UFRJ, inclusive, houve desistência da perícia que seria realizada para este fim.

Importante esclarecer que, nos laudos carreados pelo i. membro do *Parquet* ou produzidos nos próprios autos (fls. 103/112, 143/149, 154/155, 168/173, e 287/289), utilizados tanto na fundamentação da sentença de primeiro grau quanto no acórdão ora impugnado, não há avaliação do material despejado na rede de esgoto pelo Hospital Escola São Francisco de Assis nem o seu potencial para causar dano ao meio ambiente.

A inexistência de prova do dano ambiental restou consignada no r. acórdão vergastado, a contrário senso, ao afirmar que “resta comprovada a conduta de esgotamento sanitário irregular, *in natura* nas redes pluviais, bem como o prejuízo ambiental, tendo em vista que a parte ré em nenhum momento desincumbiu da demonstração do contrário” (grifo nosso).

Neste passo, não havendo prova do dano, não há que se falar em reparação civil, nos termos dos artigos 1º e 13 da Lei 7.347/85 e artigo 3º, IV, e artigo 4º, VII, da Lei n. 6.938/81, motivo pelo qual merece reforma o r. Acórdão impugnado por violação aos artigos 5º, 7º, 357, III, 373, I e II, § 1º, do novo CPC, artigo 6º, VIII, do CDC, artigo 1º, 13 e 21 da Lei n. 7.347/85, artigo 3º, IV, e 4º, VII, da Lei n. 6.938/81 (fls. 687/703e).

Contrarrazões a fls. 732/757e.

O Recurso Especial não foi admitido com fundamento nas Súmulas 7 e 83/STJ (fls. 820/822e). A decisão foi impugnada por Agravo em Recurso Especial (fls. 873/912e), devidamente impugnado (fls. 930/940e).

No STJ, proferiu-se decisão de devolução dos autos à origem, em virtude da afetação do RE 654.833/AC, para discussão do Tema 999/STF relativo à

“imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de dano ambiental” (fls. 960/963e). O *decisum* foi impugnado por Agravo interno que, no entanto, não foi conhecido (fls. 996/1.017e).

Após o STF decidir a matéria, na sistemática da repercussão geral, a Vice-Presidência do Tribunal de origem proferiu a seguinte decisão:

Verifica-se que o recurso especial interposto às fls. 676/703, versa também sobre outras matérias, as quais não estão abrangidas pelo Tema 999 da Repercussão Geral do STF e não restaram prejudicadas após o novo pronunciamento deste órgão. Sendo assim, considerando que quanto à matéria circunscrita pelo Tema 999 já houve negativa de seguimento do recurso especial à fl. 1.024, que as demais matérias constantes do recurso já passaram pelo crivo da admissibilidade desta Vice-Presidência às fls. 820/822, e contra o juízo negativo já restou interposto o agravo em recurso especial às fls. 873/912, os autos devem ser remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, órgão, doravante, competente para o exame das razões recursais (fls. 1.038/1.039e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Universidade Federal do Rio de Janeiro, sustentando que “o Hospital Escola de São Francisco de Assis (HESFA) vem despejando esgoto *in natura* diretamente na rede de águas pluviais, razão pela qual deve responder pelos danos causados, bem como deve providenciar, com urgência, o tratamento adequado do esgoto produzido no hospital” (fl. 1e).

O Juízo de 1º Grau, constatando que a pretendida obrigação de fazer fora satisfeita, por ter a parte ré realizado a ligação de esgotos sanitários, julgou parcialmente procedentes os pedidos, “para condenar o Réu ao pagamento de indenização a ser apurada em sede de liquidação, devendo o valor ser revertido para o Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados, de que trata o art. 13, da Lei n. 7.347/85, em razão dos danos ambientais decorrentes da inexistência e/ou insuficiência do sistema de tratamento de esgotos, estes lançados indevidamente por longos anos em corpo receptor inadequado (Canal do Mangue)” (fl. 566e).

O Tribunal de origem negou provimento à Apelação da UFRJ, mantendo a sentença, sob a seguinte fundamentação:

i) *Da alegada ocorrência de prescrição*

(...) *descabe a alegação de que ocorrida a prescrição da pretensão autoral, uma vez que é firme a jurisprudência do eg. STJ quanto à imprescritibilidade da ação de reparação de dano ambiental.*

(...)

ii) *Do dano ambiental*

(...)

No caso dos autos, a presente demanda foi ajuizada como consequência de procedimento administrativo no âmbito das atribuições ministeriais, convertido em inquérito civil público (fl. 08 e ss.), no seio do qual o MPF passou a apurar irregularidades noticiadas pela mídia desde o ano de 2001, atinentes à atividade de “despejo de esgoto de empresas hospitalares na Baía de Guanabara”, sem qualquer tratamento próprio, contaminando as águas pluviais da cidade do Rio de Janeiro.

Naquele procedimento, requisitada pelo MPF a prestar informações, a Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, por meio de sua Subsecretaria Jurídica, encaminhou esclarecimentos prestados pela área técnica da Superintendência de Vigilância Sanitária quanto às inspeções realizadas nas Unidades de Saúde solicitadas (fls. 102/112), dentre elas o Hospital Escola São Francisco de Assis – HESFA, réu da presente demanda. Veja-se (fl. 109):

(...)

Após a breve digressão, é possível afirmar a conduta omissiva da parte ré durante extenso lapso temporal no sentido de deixar de providenciar a correta destinação de seus efluentes sanitários, apesar de, inclusive, já possuir estrutura a tanto, conforme se verifica da documentação carreada aos autos, de modo que a questão somente veio a se regularizar em setembro/2017.

Em que pese a ausência de realização de perícia (fl. 325/327 e 530), fato é que, com fundamento nos princípios da precaução e da prevenção, aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de repará-los, transferindo-se a ele o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. Trata-se da aplicação da inversão do ônus da prova em matéria ambiental que, enquanto direito difuso, possui como destinatário a sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente, a teor do artigo 6º, VIII, do CDC c/c artigo 21 da Lei n. 7.347/85.

(...)

Nesse contexto, *resta comprovado o prejuízo ambiental*, quando a parte ré em nenhum momento desincumbiu da demonstração do contrário. Alega apenas que sua unidade seria eminentemente ambulatorial e que, por isso, os resíduos líquidos lá produzidos não equivaleriam àqueles eliminados em ambiente hospitalar. Esse argumento não merece respaldo, uma vez que, *conforme*

esclarecido em relatório técnico do INEA (fl. 155), “os esgotos hospitalares gerados nos estabelecimentos de assistência de saúde não são caracterizados como efluentes que necessitem de tratamento diferenciado do considerado adequado para os esgotos domésticos”, de modo que a adequada destinação de efluentes sanitários é ônus abrangente, mostrando-se necessária independentemente da destinação ou do grau de complexidade da estrutura do imóvel em questão.

Comprovada a conduta de esgotamento sanitário irregular, in natura nas redes pluviais, a prova do dano ambiental não depende de conhecimento técnico, ainda que sua extensão não seja de mensuração exata, como pontuado pelo juízo, merecendo ser mantida a sentença (fls. 625/634e).

Consigne-se, de antemão, que o Recurso Especial teve o seu seguimento negado, quanto à alegação de prescrição, mediante aplicação, pelo Tribunal *a quo*, do entendimento firmado pelo STF, no Tema 999 da repercussão geral (RE 654.833/AC), no sentido de que “é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”.

Passa-se, assim, ao exame das questões remanescentes.

De plano, à luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao art. 1.022, I e II, do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do aresto proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

No mais, a pretensão recursal não merece prosperar.

De início, tem-se que é inquestionável a conclusão das instâncias ordinárias sobre a configuração do dano ambiental.

Na sentença, o Juízo de 1º Grau afirmou que “o lançamento *in natura* de esgoto no Canal do Mangue pode ser encarado como atividade da qual resultaram diversas degradações ao meio-ambiente previstas no art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.938/81” (fl. 565e).

A sentença foi mantida, pelo Tribunal de origem, sob a seguinte fundamentação:

No caso dos autos, a presente demanda foi ajuizada como consequência de procedimento administrativo no âmbito das atribuições ministeriais, convertido em inquérito civil público (fl. 08 e ss.), no seio do qual o MPF passou a apurar irregularidades noticiadas pela mídia desde o ano de 2001, atinentes à atividade de

“despejo de esgoto de empresas hospitalares na Baía de Guanabara”, sem qualquer tratamento próprio, contaminando as águas pluviais da cidade do Rio de Janeiro.

Naquele procedimento, requisitada pelo MPF a prestar informações, a Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, por meio de sua Subsecretaria Jurídica, encaminhou esclarecimentos prestados pela área técnica da Superintendência de Vigilância Sanitária quanto às inspeções realizadas nas Unidades de Saúde solicitadas (fls. 102/112), dentre elas o Hospital Escola São Francisco de Assis – HESFA, réu da presente demanda. Veja-se (fl. 109):

Inicialmente tem-se a informar que 26 unidades de saúde tem sido inspecionadas regularmente pelo Setor de Resíduos, e seus relatórios encaminhados ao MPU, (...) para ciência e providências cabíveis, no que concerne a danos ambientais.

Desta forma, os EAS federais conhecem suas deficiências, pois já tomaram ciência dos relatórios de inspeção, onde constam as inconformidades observadas, sendo seu dever saná-las. Várias destas unidades foram re-inspecionadas e avançam em diferentes graus de atendimento as não conformidades identificadas.

(...)

15 – Hospital Escola São Francisco de Assis

O Hospital Escola São Francisco de Assis foi inspecionado em 19/05/2008.

Com relação aos efluentes líquidos, à época da inspeção, foi observado que os resíduos químicos líquidos (como glutaraldeído e efluentes dos equipamentos laboratoriais) eram desprezados “in natura” na rede de esgoto sanitário da unidade. Ocorre que estes resíduos dos equipamentos automáticos de laboratórios e dos reagentes de laboratórios clínicos, quando misturados, devem ser avaliados pelo maior risco ou conforme as instruções contidas na FISPQ e tratados conforme o risco a saúde pública e ao meio ambiente, e são considerados pela RDC 306/04 com resíduos químicos. *Esses efluentes químicos não eram tratados pela unidade.*

*No que concerne ao tratamento de efluentes sanitários da unidade, cumpre informar que o **Hospital Escola São Francisco de Assis** não apresentou qualquer documento/comprovante de tratamento dos seus efluentes sanitários (em ETE pública ou laudo de ETE própria). Cumpre ainda informar que o hospital deve apresentar as declarações dos órgãos ambientais, gestores de recursos hídricos e de saneamento competentes.*

Por sua vez, o INEA – Instituto Estadual do Ambiente realizou vistoria nas 24 unidades de saúde listadas pelo MPF, constatando que o HESFA “não possui sistema de tratamento de efluentes sanitários. O esgoto gerado no estabelecimento é lançado in natura na pluvial e direcionado para o Canal do Mangue” (fl. 147 e 149/150, de

junho/2013), o que já havia sido mencionado pelo próprio réu em resposta ao Ofício do MPF (PR/RJ/MM/N. 15008/12), afirmando não dispor de sistema de tratamento de efluentes líquidos (fl. 141).

Arguido pelo MPF acerca de qual seria o tratamento adequado para o despejo de esgoto, o relatório técnico do INEA (fls. 154/155) informa que adequação correta “se inicia com a coleta desses efluentes através de interceptor com encaminhamento para uma estação de tratamento de esgoto (ETE)”, e que “os hospitais que lançam seus esgotos em redes coletoras com destino ao tratamento público possuem uma destinação final ambientalmente adequada”, de modo que o lançamento do esgoto diretamente no sistema coletor de águas pluviais, como ocorria no HESFA, não se mostrava suficiente.

Em audiência especial designada pelo juízo, ocorrida em dezembro/2014 entre os representantes das partes, da CEDAE e do INEA (fls. 250/251), foi informado pelo engenheiro da CEDAE a existência de uma ligação formal da Companhia, que perpassa o hospital como um todo e cujo destino final é o ETE da Alegria, de modo que o correto seria o esgotamento total por essa ligação principal, e não que uma parte do resíduo de esgoto in natura fosse jogada na galeria de águas pluviais, como estava ocorrendo. A UFRJ, por sua vez, informou a realização de projeto executivo amplo de restauração do HESFA, e que após sua aprovação o procedimento relativo ao esgoto seria levado à aprovação da CEDAE.

Em abril/2015, a CEDAE informa realização de vistoria no local (fls. 287/302), pelo que se concluiu, em síntese, que o imóvel em questão possui quatro ligações prediais, sendo três delas regularmente ligadas ao coletor público de esgotos, e que apenas uma ligação, direcionada à Avenida Presidente Vargas, estaria irregular, devendo ser adequada a fim de que todos os efluentes fossem lançados através dos pontos já existentes. Nesse sentido, resta demonstrada a regularização da questão em 18/09/2017, com declaração de “Habite-se” da CEDAE (fl. 532) (fls. 629/631e).

Concluiu-se, então, no acórdão recorrido:

Após a breve digressão, é possível afirmar a conduta omissiva da parte ré durante extenso lapso temporal no sentido de deixar de providenciar a correta destinação de seus efluentes sanitários, apesar de, inclusive, já possuir estrutura a tanto, conforme se verifica da documentação carreada aos autos, de modo que a questão somente veio a se regularizar em setembro/2017.

Em que pese a ausência de realização de perícia (fl. 325/327 e 530), fato é que, com fundamento nos princípios da precaução e da prevenção, aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de repará-los, transferindo-se a ele o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. Trata-se da aplicação da inversão do ônus da prova em matéria ambiental que, enquanto direito difuso, possui como destinatário a sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente, a teor do artigo 6º, VIII, do CDC c/c artigo 21 da Lei n. 7.347/85.

(...)

Nesse contexto, *resta comprovado o prejuízo ambiental*, quando a parte ré em nenhum momento desincumbiu da demonstração do contrário. Alega apenas que sua unidade seria eminentemente ambulatorial e que, por isso, os resíduos líquidos lá produzidos não equivaleriam àqueles eliminados em ambiente hospitalar. *Esse argumento não merece respaldo, uma vez que, conforme esclarecido em relatório técnico do INEA (fl. 155), “os esgotos hospitalares gerados nos estabelecimentos de assistência de saúde não são caracterizados como efluentes que necessitem de tratamento diferenciado do considerado adequado para os esgotos domésticos”, de modo que a adequada destinação de efluentes sanitários é ônus abrangente, mostrando-se necessária independentemente da destinação ou do grau de complexidade da estrutura do imóvel em questão (fls. 631/634e).*

Como se vê, as instâncias ordinárias basearam-se em informações – prestadas pelos órgãos estaduais e transcritas no acórdão recorrido – no sentido de que “os resíduos químicos líquidos (...) eram desprezados ‘in natura’ na rede de esgoto sanitário” e de que “o HESFA ‘não possui sistema de tratamento de efluentes sanitários (...)’” (fl. 630e).

Com fundamento nessas manifestações, aduziu-se, no acórdão recorrido, que “é possível afirmar a conduta omissiva da parte ré durante extenso lapso temporal no sentido de deixar de providenciar a correta destinação de seus efluentes sanitários, apesar de, inclusive, já possuir estrutura a tanto, conforme se verifica da documentação carreada aos autos”, bem como que, “comprovada a conduta de esgotamento sanitário irregular, *in natura* nas redes pluviais, a prova do dano ambiental não depende de conhecimento técnico” (fls. 631e e 634e).

Sendo assim, incide a orientação segundo a qual “a aferição da existência, ou não, de dano ambiental é inviável no âmbito do recurso especial ante a necessidade de reanálise do conjunto probatório, tendo em vista o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça” (STJ, AgInt no AREsp 2.114.565/ES, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, DJe de 13/03/2023).

Nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. *Ação civil pública. Dano ambiental. Responsabilidade civil do Estado. Acórdão de origem fundado no conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade de alteração. Incidência da Súmula 7 do STJ.* Agravo interno do Estado ao qual se nega provimento.

1. Nos termos do que foi 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 2).

2. *O Tribunal de origem concluiu que a prova documental produzida nos autos deixou claro que a conduta do ora agravante não estava de acordo com a legislação ambiental vigente, na medida em que não havia qualquer tratamento do esgoto oriundo do Hospital Psiquiátrico Penal Roberto Medeiros, e que este era lançado in natura na bacia hidrográfica local, causando sua contaminação e provocando riscos à saúde dos habitantes da área.*

3. *Para a alteração do julgado, com o acolhimento da pretensão recursal, seria necessário o reexame do contexto fático-probatório e não simples valoração do contexto fático delineado, o que é inviável em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.*

4. Agravo Interno do Estado do Rio de Janeiro a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp 777.724/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 01/10/2018).

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Dano ambiental. Nexos de causalidade. Reposição e restauração. Possibilidade. Alegação de violação aos arts. 25 da Lei 9.985/2000, 14, § 1º, da Lei 6.938/81 e 3º da Lei 7.347/85. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Controvérsia resolvida, pelo Tribunal de origem, à luz das provas dos autos. Impossibilidade de revisão, na via especial. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da parte agravada e outros, a fim de impedir a ampliação do Hotel Ventaclub Village Pratagy. O acórdão reformou, em parte, a sentença, que julgara procedente, em parte, o pedido, para determinar a elaboração de programa: a) de monitoramento dos recifes de corais no qual sejam realizados estudos detalhados sobre os impactos que a turbidez da água e outros distúrbios possíveis nas fases de implantação e operação da obra trarão para o ambiente coralígeno; b) de monitoramento e estabilização de processos erosivos, que deverá incluir inicialmente o mapeamento de áreas críticas, objetivando identificar todos os locais sujeitos a processos erosivos, considerando a área de influência direta do empreendimento; c) de monitoramento e redução do impacto ambiental a ser produzido nas APPs (manguezal e faixa marginal dos corpos d'água que cortam o terreno).

III. Não tendo o acórdão hostilizado expandido qualquer juízo de valor sobre os arts. 25 da Lei 9.985/2000, 14, § 1º, da Lei 6.938/81 e 3º da Lei 7.347/85, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento - requisito viabilizador da abertura desta instância especial

-, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”), na espécie.

IV. *O entendimento firmado pelo Tribunal a quo, no sentido de que, “demonstrada a prática de atividade com consequências diretas e indiretas no meio ambiente, e evidenciada a relação de causalidade entre o dano sofrido para coletividade e a situação de risco criada pelas rés, estão presentes os elementos aptos a responsabilizá-las pela atividade lesiva”, não pode ser revisto, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, por exigir o reexame da matéria fático-probatória dos autos.* Precedentes do STJ.

V. Agravo interno improvido (STJ, AgInt no AREsp 1.725.379/AL, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 06/04/2021).

Administrativo e Ambiental. Ação civil pública. *Esgotamento sanitário. Despejo in natura no Rio São Francisco.* Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Súmula n. 284/STF. Ilegitimidade da União. Ausência de prequestionamento. Controvérsia constitucional. *Responsabilidade. Elementos probatórios. Súmula n. 7/STJ.*

I - *Na origem o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a União, o Estado de Sergipe, a Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco - Codevasf e o Município Ilha das Flores/SE objetivando impedir a poluição hídrica do Rio São Francisco, por meio da implantação do sistema de esgotamento sanitário da municipalidade ré, em todas as áreas que lançam esgoto in natura diretamente no rio.*

II - A ação foi julgada parcialmente procedente, condenando os réus em obrigações de fazer relativamente a projeto de esgotamento sanitário: sua execução, recursos, implantação e recuperação de área degradada.

III - O Tribunal *a quo* manteve a decisão monocrática.

IV - Em relação à alegação de violação do art. 1.022, a recorrente limitou-se a afirmá-la de forma genérica, sem desenvolver argumentos específicos para demonstrar a suposta mácula, ensejando a incidência da Súmula n. 284/STF nesse tópico recursal.

V - Descabe a análise da apontada ilegitimidade da União, não só por carecer do necessário prequestionamento, na medida em que os dispositivos de lei federal apontados pela recorrente como violados pelo *decisum* não foram abordados, mas também em razão do fato de que a respectiva controvérsia foi totalmente dirimida à luz de fundamentação constitucional.

VI - *A alegada tese de ausência de responsabilidade civil da recorrente não merece ser conhecida, uma vez que, para confrontar o decisum nessa parte, seria necessário o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, indo de encontro às convicções do julgador que entendeu pela presença de todos os requisitos necessários à configuração da responsabilidade. Incidência da Súmula n. 7/STJ.*

VII - Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 1.814.111/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 18/11/2019).

O que as instâncias ordinárias não delimitaram, na verdade, foi a extensão do dano, determinando que isso fosse feito em liquidação, solução que encontra amparo na jurisprudência do STJ:

Processual Civil e Ambiental. Ação civil pública. Queima de casca de arroz. Poluição do ar. Art. 535 do CPC. Não violação. Danos causados aos moradores das proximidades. Condenação genérica. Quantificação em liquidação de sentença. Possibilidade. Arts. 95 e 97 do CDC c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. As instâncias de origem reconheceram grave degradação ambiental decorrente da queima, por muitos anos, de casca de arroz. Afastada, no entanto, pelo Tribunal de Justiça a possibilidade de condenação genérica que fixe o *an debeatur*, mas deixe para a fase de liquidação a apuração do *quantum debeatur* a que tem direito cada uma das vítimas.

3. *Na hipótese de Ação Civil Pública relativa a interesses individuais homogêneos, com a finalidade de facilitar a proteção das vítimas e de agilizar a responsabilização do infrator, dispõe, expressamente, o Código de Defesa do Consumidor, na parte em que alterou a Lei da Ação Civil Pública: "Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95 - grifo acrescentado).*

4. *A condenação genérica poderá, posteriormente, ser liquidada tanto pelos sujeitos intermediários como pelas próprias vítimas ou seus sucessores (art. 97).*

5. Reconhecida pelo juiz e Tribunal, *in casu*, a responsabilidade da ré por danos sofridos pelos moradores, a própria lei se encarrega de admitir que a quantificação em relação a cada um deles seja feita em liquidação e execução de sentença (arts. 95 e 97 do CDC, aplicáveis à Ação Civil Pública Ambiental por força do art. 21 da Lei 7.347/1995). Precedentes do STJ.

6. Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.168.045/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 14/09/2011).

Ação coletiva. Associação de moradores. Produtos tóxicos. Contaminação. Água. Danos morais e materiais. Direitos individuais homogêneos. Caracterização.

1 - *A quantificação dos danos morais e materiais fica relegada à liquidação de sentença e, por isso mesmo, não impede a subsunção da espécie à definição legal de direitos individuais homogêneos, caracterizados por um fato comum, no caso específico o vazamento de produtos tóxicos e a contaminação da água consumida pelos associados.*

2 - Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da recorrente (STJ, REsp 982.923/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe de 12/08/2008).

Processual Civil. Agravo interno submetido ao Enunciado Administrativo 3/STJ. *Ação civil pública ambiental. Instituição de reserva legal. Danos ambientais irreversíveis. Apuração em sede de liquidação. Possibilidade.*

1. O Tribunal de origem, ao constatar a ausência de instituição de reserva legal e a existência de danos em área de preservação permanente, consignou, no que interessa ao exame do presente recurso, que os danos que se mostrarem irreversíveis podem ser apurados em sede de liquidação de sentença.

2. Esse entendimento que não merece reparos, na medida em que guarda harmonia com precedentes desta Corte na linha de que, *assentado* o an debeat, a *apuração do quantum debeat pode ser feita na liquidação da sentença.*

3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no AREsp 1.130.239/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 26/02/2018).

Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Ação indenizatória. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Danos materiais. Lucros cessantes. Apuração em liquidação. Possibilidade. Súmula 83/STJ. (...) Agravo desprovido.

(...)

2. *A jurisprudência desta Corte Superior entende que reconhecido an debeat (o direito à indenização), o quantum debeat (valor da indenização) pode ser discutido em liquidação da sentença por arbitramento, nos termos do art. 475-C do CPC. Precedentes.*

(...)

4. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 768.045/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 10/03/2016).

Agravos regimentais. Ação de dissolução de sociedade com venda de ações e apuração de haveres. Reconvenção de obrigação de não fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais. Sentença condicional. Inexistência. (...)

1.- Não há que se falar, no caso, em prolação de sentença condicional, pois, ao contrário do que alega a autora/reconvinda, primeira agravante, *entendeu o julgador ter restado caracterizada a existência de danos emergentes em favor dos réus/reconvintes, ora segundos agravados, não remanescendo qualquer dúvida, portanto, quanto à composição do litígio, com o consequente reconhecimento do direito da parte, apenas que ficou relegado para a fase de liquidação a apuração do respectivo montante.*

(...)

4.- Agravos Regimentais improvidos (STJ, AgRg no AREsp 206.769/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 04/02/2013).

Por esse motivo, não prospera a alegação da parte recorrente de que “o Ministério Público Federal não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cabia (...) inclusive, houve desistência da perícia que seria realizada para este fim” (fl. 702e).

No caso, o fato de o Ministério Público ter desistido da perícia antes requerida não tem o impacto pretendido pela parte recorrente, pois a prova técnica foi expressamente requerida pelo autor da Ação Civil Pública – e só por ele –, quando, na petição inicial, postulou “pagamento de indenização, quantificada por perícia” (fl. 6e). Em nova manifestação, esclareceu o órgão ministerial que estava postulando, “além da implantação do sistema de tratamento, o pagamento de indenização, a ser quantificada por perícia” (fl. 225e). Portanto, ao menos na situação sob exame, a prova pericial foi requerida tão somente com o fim de quantificar o dano, questão sobre a qual, como visto, as instâncias ordinárias não avançaram.

Da mesma forma, não se sustenta a alegação de ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, que teria ocorrido quando o Tribunal *a quo* promoveu a “inversão do ônus da prova em matéria ambiental”, uma vez, segundo afirma a parte recorrente, “em nenhum momento na fase de conhecimento foi proferida decisão invertendo o ônus probante, sendo realizada apenas em sede de apelação” (fl. 694e).

Em primeiro lugar, o Tribunal de origem, apreciando Embargos de Declaração, esclareceu que não inverteu o ônus da prova, aduzindo:

Noutro giro, deve ser observado que o v. acórdão embargado, ao contrário do alegado pela parte embargante, não inverteu o ônus da prova, mas apenas entendeu pela incidência, no presente caso, do disposto no artigo 373, inciso II, do CPC/2015. Ou seja, que a ré, ora embargante, não teria se desincumbido do ônus da prova quanto à fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, do Ministério Público Federal no caso (fl. 668e).

É verdade que, antes disso, no acórdão então embargado, o Tribunal *a quo* afirmou:

Em que pese a ausência de realização de perícia (fl. 325/327 e 530), fato é que, com fundamento nos princípios da precaução e da prevenção, aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de repará-los, transferindo-se a

ele o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. Trata-se da aplicação da inversão do ônus da prova em matéria ambiental que, enquanto direito difuso, possui como destinatário a sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente, a teor do artigo 6º, VIII, do CDC c/c artigo 21 da Lei n. 7.347/85 (fl. 631e).

Não obstante a aparente contradição, o fato é que o Tribunal de origem removeu na via própria, isto é, no julgamento de Aclaratórios, qualquer dúvida sobre a solução dada à causa: entendeu-se comprovado o dano ao meio ambiente – fato constitutivo da pretensão reparatória – e não provado, pela parte ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC/2015, art. 373, I e II).

É o que se depreende do acórdão recorrido:

Nesse contexto, resta comprovado o prejuízo ambiental, quando a parte ré em nenhum momento desincumbiu da demonstração do contrário. Alega apenas que sua unidade seria eminentemente ambulatorial e que, por isso, os resíduos líquidos lá produzidos não equivaleriam àqueles eliminados em ambiente hospitalar. Esse argumento não merece respaldo, uma vez que, conforme esclarecido em relatório técnico do INEA (fl. 155), “os esgotos hospitalares gerados nos estabelecimentos de assistência de saúde não são caracterizados como efluentes que necessitem de tratamento diferenciado do considerado adequado para os esgotos domésticos”, de modo que a adequada destinação de efluentes sanitários é ônus abrangente, mostrando-se necessária independentemente da destinação ou do grau de complexidade da estrutura do imóvel em questão (fls. 633/634e).

Sendo esse o quadro, não se pode, na via do Recurso Especial, reapreciar a conclusão do Tribunal *a quo* acerca da natureza dos fatos – constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito – deduzidos em Juízo.

Nesse sentido:

Processual Civil e Ambiental. Ação civil pública. Pesca predatória em local proibido. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva. Ônus da prova. Proporcionalidade das penas. Súmula 7/STJ.

1. Caso em que, na origem, foi mantida pelo TRF-4, após julgamento de Apelação, sentença de parcial procedência proferida em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Pedro Paulo Mendes, proprietário da embarcação Dona Santana III. Discute-se a prática de pesca predatória de 20 toneladas de tainha realizada no litoral de Mostardas/RS, realizada a menos de dez milhas da costa do Rio Grande do Sul.

2. A Corte de origem concluiu que “não houve (...) qualquer inversão indevida no ônus da prova. A prova constitutiva do direito está exposta na inicial da ação,

cabendo a parte ré desconstituí-la”, o que não fez. Quanto ao dano, consignou ser inerente à conduta de pesca predatória de 20 toneladas de tainha em local proibido, tendo acrescentado que “a ação ilícita praticada pelo réu causou danos à geração atual e às futuras, atingindo a esfera da moralidade coletiva, gerando a redução das reservas ambientais, causando prejuízos à saúde e à segurança das pessoas, violando o direito ao consumo adequado de produtos de origem lícita e desrespeitando a cultura da pesca artesanal, além de inúmeros outros danos extrapatrimoniais que poderiam ser elencados”.

3. *Objetiva o recorrente, na verdade, a rediscussão da prova dos autos para o fim de alterar o mérito da questão, o que é inviável por meio do Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.*

4. Finalmente, acrescente-se, em *obiter dictum*, que hoje, ao contrário do passado recente, o ambiente marinho insere-se no núcleo-duro das grandes e urgentes questões do Direito, reação tardia e até agora progresso insuficiente, mas nem por isso menos bem-vindo. Muito desse desenvolvimento normativo se deve ao descrédito de facetas ecológicas inexatas do saber tradicional, por séculos imputadas aos oceanos: inesgotabilidade natural, segregação dos ambientes continentais, resiliência infinita e correlata imunidade à destruição antropogênica irreversível.

5. O despertar científico, ético e jurídico para a imprescindibilidade de proteger o ambiente marinho, em todas as suas dimensões, influencia não só o Direito, mas igualmente a atuação dos juízes, para tanto, inequívoca e enfaticamente, convocados agora pelo legislador internacional e pelo nacional. Até recentemente, tudo contribuía para que o Judiciário desse a mínima ou nenhuma significância aos oceanos, traço previsível, pois seus membros são produto e instrumento do seu tempo e do Direito do seu tempo. A partir da Revolução Industrial, juízes se converteram - e, infelizmente, ainda o são em muitos países - em espectadores passivos ou protagonistas ativos, primeiro da transmutação dos oceanos em lixeira do mundo; segundo, da extração imprudente e predatória de seus tesouros, como se fossem depósito de riqueza eterna e sem proprietário, recursos livres e indefesos perante a voracidade insaciável de agentes estatais e privados dotados de avançada tecnologia de exploração e alcance planetários; terceiro, de cena ideal de crimes contra a Natureza, imunidade garantida, especialmente no alto-mar, seqüela de atrofiado e incerto regime jurídico e de ausência de jurisdição estatal (anomia jurídico-ecológica marinha, o mar sem lei, concepção siamesa da anomia jurídico-ecológica terrestre, a terra sem lei).

6. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt no AREsp 2.004.087/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/06/2022).

Civil e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Apreciação de todas as questões relevantes da lide pelo Tribunal de origem.

Ausência de afronta aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Responsabilidade civil. *Internet*. Veiculação de informações desabonadoras. Pessoa pública. Danos morais. Inexistência. Ônus da prova. Acórdão recorrido em consonância com jurisprudência desta Corte. Súmula n. 568/STJ. *Ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ.* Falta de uniformização da jurisprudência pelo Tribunal de origem. Revolvimento do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.

1. Inexiste afronta aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

2. *“Consoante as regras de distribuição do ônus probatório, atribui-se ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu, os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, nos termos do art. 373, I e II, do CPC/2015 (art. 333, I e II, do CPC/73)” (AgInt no AREsp 1.694.758/MS, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/05/2021, DJe 18/06/2021).*

3. *“O Juiz é o destinatário final das provas, a quem cabe avaliar sua efetiva conveniência e necessidade” (AgRg no AREsp n. 501.483/DF, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/4/2020, DJe 27/4/2020).*

4. Inadmissível o recurso especial quando o entendimento adotado pelo Tribunal de origem coincide com a jurisprudência do STJ (Súmula n. 568/STJ).

5. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

6. *No caso concreto, para modificar a conclusão do acórdão recorrido quanto à distribuição do ônus da prova, bem como quanto à ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito pelo autor, ora recorrente, seria necessário reexaminar fatos e provas dos autos, medida inviável na presente via.*

7. Para aferir se houve ausência de uniformização da jurisprudência pela Corte local, seria necessário rever o *distinguishing* realizado pelo Tribunal de origem, considerando que as decisões referem-se a vídeos distintos, como reconhece o próprio recorrente. Seria imprescindível, portanto, reexaminar o contexto fático-probatório de ambos os autos, providência vedada nessa sede especial, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

8. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp 2.166.995/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 15/12/2022).

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação declaratória c/c pedido condenatório. Decisão monocrática da Presidência desta Corte que conheceu do agravo para, de plano, não conhecer do apelo extremo.

Insurgência recursal do demandado.

1. Consoante jurisprudência desta Corte, a teor do art. 595 do Código Civil, faz-se necessária a participação de terceiro para assinar a rogo do analfabeto, com a subscrição de mais duas testemunhas, a fim de suprir o evidente desequilíbrio entre os contratantes. Precedentes.

2. O Tribunal *a quo* concluiu que o documento apresentado pelo banco não se revela satisfatório para atestar a validade do negócio jurídico, por não estarem presentes os requisitos do art. 595 do Código Civil. Alterar tal premissa encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. *O órgão julgador consignou expressamente que a parte autora provou os fatos constitutivos do seu direito, enquanto a ré não se desincumbiu de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, bem como que foram demonstrados os requisitos ensejadores do dever de indenizar. A alteração de tais conclusões demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.* Precedentes.

4. Esta Corte de Justiça tem entendimento no sentido de que a incidência do referido enunciado impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução a causa a Corte de origem.

5. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no AREsp 1.727.177/MT, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 04/11/2021).

Agravo interno no agravo em recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípio da persuasão racional. Ausência de vinculação ao laudo pericial. Realização de nova perícia. Inutilidade. Falta de comprovação dos gastos. Fundamento inatacado. Súmula 283/STF. Provas acerca do direito alegado. Súmula 7/STJ. Honorários recursais. Fixação que independe de trabalho adicional do advogado da parte contrária. Agravo desprovido.

1. Não se verifica, na espécie, a propalada negativa de prestação jurisdicional, tendo sido satisfatoriamente resolvidas as questões deduzidas no recurso, sem incorrer nos vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material com relação a ponto controvertido relevante, cujo exame pudesse levar a um diferente resultado na prestação da tutela jurisdicional.

2. O magistrado não está vinculado às conclusões do laudo pericial, podendo, em consonância com o princípio da livre persuasão racional, formar a sua convicção a partir de outros elementos constantes nos autos, desde que motive adequadamente a sua decisão, como se deu na espécie.

3. Revela-se inútil a realização de perícia complementar, tendo em vista que o laudo pericial foi rechaçado diante da falta de dados acerca do histórico do veículo - informações pretéritas que, em tese, evidenciariam que o motor originário seria diferente do atual.

Nesse sentido, uma nova perícia seria incapaz de suprir a ausência da documentação que supostamente comprovaria a alteração no motor do veículo.

4. Não se conhece da alegação recursal quanto à falta de comprovação dos gastos, pois não foi feita a impugnação específica do fundamento contido na decisão recorrida sobre o tema. Incidência do enunciado n. 283 da Súmula do STF.

5. *A desconstituição do entendimento estadual - para concluir que o autor não teria comprovado seu direito ou que a parte ré teria demonstrado a existência de fato extintivo, impeditivo ou modificativo - demandaria a reanálise fático-probatória, o que é obstado na via extraordinária, por incidir o enunciado n. 7 da Súmula do STJ.*

6. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado da parte recorrida para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, apenas para quantificação dessa verba.

7. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no AREsp 1.310.650/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 25/06/2020).

Além disso, embora os princípios da precaução e do *in dubio pro natura* sirvam de fundamento para a inversão do ônus da prova, cuja possibilidade hoje está consagrada pela Súmula 618/STJ (“A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”), tais normas principiológicas, mais do que isso, constituem legítimos vetores interpretativos para a solução de causas ambientais.

Como afirmou o voto condutor do REsp 1.356.207/SP (Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 07/05/2015), a jurisprudência do STJ acolhe “o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*, que deve reger a interpretação da lei ambiental, para priorizar o sentido da lei que melhor atenda à proteção do meio ambiente”.

No mesmo sentido:

Administrativo. Ambiental. Ação civil pública. Desmatamento de vegetação nativa (Cerrado) sem autorização da autoridade ambiental. Danos causados à Biota. Interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, e do art. 3º da Lei 7.347/85. Princípios da reparação integral, do poluidor-pagador e do usuário-pagador. Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de pagar quantia certa (indenização). *Reduction ad pristinum statum*. Dano ambiental intermediário, residual e moral coletivo. Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Interpretação *in dubio pro natura* da norma ambiental.

1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de vegetação nativa (Cerrado). O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de

Minas Gerais consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo dano ecológico pretérito e residual.

2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a ratio essendi da norma. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*.

3. Ao responsabilizar-se civilmente o infrator ambiental, não se deve confundir prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de reconstituição natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não fazer).

4. De acordo com a tradição do Direito brasileiro, imputar responsabilidade civil ao agente causador de degradação ambiental difere de fazê-lo administrativa ou penalmente. Logo, eventual absolvição no processo criminal ou perante a Administração Pública não influi, como regra, na responsabilização civil, tirantes as exceções em *numerus clausus* do sistema legal, como a inequívoca negativa do fato ilícito (não ocorrência de degradação ambiental, p. ex.) ou da autoria (direta ou indireta), nos termos do art. 935 do Código Civil.

5. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Aí se encontra típica obrigação cumulativa ou conjuntiva. Assim, na interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), e do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção 'ou' opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Essa posição jurisprudencial leva em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados).

6. Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao *status quo ante* (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa

e judicial não passar de aceitável e gerenciável 'risco ou custo do negócio', acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.

8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo.

9. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível.

10. Essa degradação transitória, remanescente ou reflexa do meio ambiente inclui: a) o prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passadicho de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino ou intermediário), algo frequente na hipótese, p. ex., em que o comando judicial, restritivamente, se satisfaz com a exclusiva regeneração natural e a perder de vista da flora ilegalmente suprimida, b) a ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração (= dano residual ou permanente), e c) o dano moral coletivo. Também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica ilícita que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial).

11. No âmbito específico da responsabilidade civil do agente por desmatamento ilegal, irrelevante se a vegetação nativa lesada integra, ou não, Área de Preservação Permanente, Reserva Legal ou Unidade de Conservação, porquanto, com o dever de reparar o dano causado, o que se salvaguarda não é a localização ou topografia do bem ambiental, mas a flora brasileira em si mesma, decorrência dos excepcionais e insubstituíveis serviços ecológicos que presta à vida planetária, em todos os seus matizes.

12. De acordo com o Código Florestal brasileiro (tanto o de 1965, como o atual, a Lei 12.651, de 25.5.2012) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a flora nativa, no caso de supressão, encontra-se uniformemente protegida pela exigência de prévia e válida autorização do órgão ambiental competente, qualquer que seja o seu bioma, localização, tipologia ou estado de conservação (primária ou secundária).

13. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de

não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros).

14. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual *quantum debeatur* (STJ, REsp 1.198.727/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 09/05/2013).

Administrativo e Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Ação civil pública. Dano ambiental. Condenação a dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo. Possibilidade. Princípio *in dubio pro natura*.

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

2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.

3. Haveria *contra sensu* jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.

4. *As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura.*

Recurso especial improvido (STJ, REsp 1.367.923/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 06/09/2013).

No caso, as instâncias ordinárias determinaram o sentido concreto das cláusulas abertas previstas no art. 373, II, do CPC/2015 – fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito – à luz das circunstâncias da causa e, ainda, das imposições materiais derivadas do particular sistema de presunções do Direito Ambiental.

Nesse sentido, entendeu o Tribunal de origem que, entre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que a parte recorrente tinha o ônus de demonstrar, incluiu-se “o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva”, o que representa, sobretudo à luz das peculiaridades da causa, uma correta densificação processual dos princípios da precaução e do *in dubio pro natura*.

Por fim, no caso sob exame não se pode dizer que a parte recorrente foi surpreendida quanto ao comportamento processual que dela se esperava: desde a petição inicial, o que se vem afirmando é que a vistoria do INEA “constatou despejo de esgoto *in natura* na galeria das águas, havendo nítido *nexo causal* com a *conduta omissiva* da Ré” (fl. 4e).

Essas imputações foram compreendidas pela parte recorrente, que, já na contestação, as rebateu, alegando:

O Ministério Público sustenta que o Hospital Escola São Francisco de Assis estaria lançando resíduos líquidos na rede de águas pluviais com base nos documentos de fls. 109 e 149 dos Autos. Ocorre que mencionados documentos fazem esta afirmação simplesmente com base no fato do Hospital não ter apresentado uma conta de água da CEDAE que indicasse o local para o qual seus resíduos são destinados, como se percebe da alusão a este fato em ambos.

Contudo, a própria CEDAE no documento de fls. 91/92 dos autos informa que os resíduos do Hospital estão ligados à rede de coleta de esgoto, sendo direcionados à Estação de Tratamento Alegria.

Tal fato, por si, bastaria para que o pedido fosse julgado improcedente. Contudo, a Prefeitura da UFRJ localizada no fundão, após o recebimento da citação determinou a realização de uma vistoria no Hospital, pois até então não tinha conhecimentos dos fatos narrados na ACP e constatou que devido a obras realizadas no local não havia possibilidade de afirmar com certeza para qual local os resíduos líquidos estavam sendo destinados, sendo necessário para tal o apoio da CEDAE, consoante se observa no laudo anexo.

Ora, a própria disposição da UFRJ através de sua Prefeitura de realizar uma vistoria no local demonstra a intenção da Autarquia de solucionar eventual problema existente com a ligação da rede de esgoto do Hospital.

(...)

No que pertine ao mérito, improcede o pedido.

Inicialmente, *cumpre ressaltar, como já demonstrado acima, que as provas produzidas até este momento não indicam qualquer ofensa ao meio ambiente, não havendo provas de que o Hospital Escola São Francisco de Assis esteja lançando*

esgoto na rede de águas pluviais, razão pela qual o pedido deve ser julgado improcedente por falta de provas.

Note-se que na hipótese vertente o suposto dano ambiental estaria sendo produzido por uma instituição que presta relevantes serviços de saúde à população de maneira gratuita. Ademais, aludido dano em nada teria relação com a atividade fim da autarquia, vez que os laudos juntados aos autos às fls. 28 a 35, principalmente às fls. 31, demonstram que não há qualquer relação entre a atividade de saúde e a necessidade de cautelas maiores com o esgoto proveniente de hospitais. Na verdade *aludido laudo afirma de maneira expressa que “teoricamente os efluentes hospitalares carreariam um menor número absoluto de germes resistentes aos antimicrobianos que o restante do esgoto da cidade.”* (fls. 31)

Vê-se, portanto, que *não há qualquer relação entre o risco inerente a atividade hospitalar e o suposto dano afirmado na inicial* (fls. 177/179e).

Na Apelação, aduziu a ré, ora recorrente:

O laudo do INEA a fls. 143/149 (item 15), da mesma forma, apenas menciona que “a unidade de saúde não possui sistema de tratamento de efluentes sanitários”, sendo “o esgoto gerado no estabelecimento lançado *in natura* na pluvial e direcionado para o canal mangue”. Não há avaliação do material despejado na rede de esgoto nem o seu potencial para causar dano ao meio ambiente.

Ademais, vale ressaltar que se tratam de provas produzidas unilateralmente pelo i. Ministério Público, sem a participação da UFRJ, colacionadas na documentação que instruiu à inicial.

De fato, *nos esclarecimentos prestados a fls. 141 pela UFRJ à Procuradoria da República, consta esclarecimento de que a Unidade Assistencial do Hospital Escola São Francisco de Assis é voltada para a assistência e ensino na atenção básica de saúde, tratando-se de uma unidade eminentemente ambulatorial, sem internação ou pacientes que demandem maiores cuidados. Os resíduos líquidos neste contexto não equivaleriam aos resíduos eliminados em um ambiente hospitalar.*

No laudo produzido nos autos deste processo a fls. 168/173, em 01/07/2014, Laudo de Vistoria Técnica, solicitado pela Prefeitura Universitária, ressaltando que havia projetos de instalação de esgotos em andamento, concluiu-se que “não é possível afirmar e comprovar qual a caixa de inspeção do HESFA tem ligação com coletor público e qual dos coletores público (esgoto ou águas pluviais) e se há vazão da contribuição, visto que há diversas variáveis, rede muito antiga, se essa rede na época poderia ou não fazer ligação única, caixa com fundo danificado, lençol freático contaminado e aflorando nas caixas e etc. (grifo nosso)”, sugerindo, ao final, apoio da CEDAE “para o apontamento das ligações do Hospital São Francisco de Assis (HESFA) com a rede externa pública, bem como a sucção do volume acumulado”.

O laudo nestes termos não é conclusivo. E na mesma linha dos laudos anteriores não menciona ou quantifica o potencial lesivo dos resíduos eliminados pela HESFA (Hospital Escola São Francisco de Assis).

Assim, nos mencionados laudos, ao contrário do afirmado na r. sentença de mérito, não há registro nem comprovação da existência de dano ambiental, porquanto este não foi em momento algum objeto de análise e de prova nos autos desta ação, mas tão somente foram constatadas irregularidades na rede de esgoto do HESFA (fls. 591/592e).

No julgamento da Apelação, o Tribunal de origem, mediante uma pormenorizada apreciação dos fatos, constatou – com base em manifestações dos órgãos estaduais, transcritas no acórdão recorrido – que “*os resíduos químicos líquidos (como glutaraldeído e efluentes dos equipamentos laboratoriais) eram desprezados ‘in natura’ na rede de esgoto sanitário da unidade (...) Esses efluentes químicos não eram tratados pela unidade (...) o HESFA não possui sistema de tratamento de efluentes sanitários. O esgoto gerado no estabelecimento é lançado in natura na pluvial e direcionado para o Canal do Mangue’ (...) Comprovada a conduta de esgotamento sanitário irregular, in natura nas redes pluviais, a prova do dano ambiental não depende de conhecimento técnico, ainda que sua extensão não seja de mensuração exata*” (fls. 630/634e).

Como se vê, as instâncias ordinárias decidiram com base em provas e documentos sobre os quais ambas as partes se manifestaram ou tiveram a oportunidade de se manifestar, não havendo que se falar, também sob esse aspecto, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ante o exposto, conheço do Agravo, para conhecer, em parte, do Recurso Especial, e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

É como voto.

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.
64.215-MG (2020/0199606-6)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Paulo Eugenio Reis Dutra

Advogados: Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira - MG058679

Caio Mario Lana Cavalcanti - MG174031

Agravado: Estado de Minas Gerais

Advogado: Izabella Ferreira Fabbri Nunes e outro(s) - MG143518

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Serventias extrajudiciais vagas. Oficiais interinos. Nepotismo. Determinação do CNJ. Tribunal de Justiça mero executor. Ilegitimidade passiva. Reconhecimento de ofício.

1. No caso dos autos, a impetração é contra ato da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, por meio do Aviso n. 4/CGJ/2019, determinou que os oficiais interinos preenchessem uma declaração, com posterior remessa à Direção do Foro da Comarca e à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, informando se as restrições contidas no § 2º do art. 2º do Provimento CNJ n. 77/2018 seriam ou não aplicáveis a eles.

2. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao editar o Aviso n. 4/CGJ/2019, assim o fez como mero executor da determinação emanada pelo Conselho Nacional de Justiça.

3. É firme o entendimento do STJ de que o Tribunal de Justiça não pode ser considerado autoridade coatora, quando mero executor de decisão do Conselho Nacional de Justiça.

4. Reconhecimento, de ofício, da ilegitimidade do Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para figurar, na origem, como autoridade coatora.

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 11/04/2023 a 17/04/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 17 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 19.4.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo interno interposto por *Paulo Eugênio Reis Dutra* contra decisão monocrática (fls. 320-325) proferida pela relatoria do Min. Og Fernandes, por meio da qual se reconheceu de ofício a ilegitimidade passiva do Corregedor-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e julgou-se prejudicado o recurso ordinário em mandado de segurança.

Extrai-se dos autos que o recurso ordinário foi interposto contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais* assim ementado (fl. 189):

Ementa: Mandado de segurança. Oficiais interinos. Serventias extrajudiciais vagas. Nepotismo. Inadmissibilidade. Provimento 77/2019 do CNJ. Legalidade. Designação. Revogação. Possibilidade. Direito líquido e certo. Violação não configurada.

O Conselho Nacional de Justiça, ao editar o Provimento n. 77/2019, zela pela observância do artigo 37, da Constituição da República, e reforça a vedação de práticas de nepotismo nas serventias extrajudiciais vagas.

O oficial substituto interino de serventia extrajudicial vaga se submete aos princípios constitucionais da administração pública, dentre eles o da moralidade e da impessoalidade, pois são delegatários de serviços públicos, o que impõe a vedação de qualquer prática de nepotismo na designação com vínculo de parentesco com os ex-tabeliães.

Rejeitados os embargos de declaração opostos.

Alega o agravante que, embora o ato objeto do mandado de segurança seja justificado pelo Provimento CNJ n. 77/2018, os efeitos concretos foram ordenados pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Aduz que o ato impugnado não é o Provimento CNJ n. 77/2018, mas, sim, o Aviso n. 04/CGJ/2019.

Sustenta que (fl. 341):

[...] inexistindo subordinação hierárquica propriamente dita entre o CNJ e o TJMG, conclui-se que o ato impugnado foi mesmo praticado pelo Corregedor-Geral de Justiça, sem quaisquer ordens superiores, até porque o ato oriundo do CNJ se convola em mera recomendação.

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, pela submissão do presente agravo à apreciação da Turma.

A parte agravada apresentou contrarrazões às fls. 349-350.

É, no essencial, o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): A decisão não merece reparo.

A impetração é contra ato da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, por meio do Aviso n. 4/CGJ/2019, determinou que os oficiais interinos preenchessem uma declaração, com posterior remessa à Direção do Foro da Comarca e à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, informando se as restrições contidas no § 2º do art. 2º do Provimento CNJ n. 77/2018 seriam ou não aplicáveis a eles.

Verifica-se que o ato apontado como coator foi editado em obediência ao Provimento CNJ n. 77/2018, que assim dispõe em seus arts. 2º, § 2º, e 8º, respectivamente:

Art. 2º Declarada a vacância de serventia extrajudicial, as corregedorias de justiça dos Estados e do Distrito Federal designarão o substituto mais antigo para responder interinamente pelo expediente.

§ 1º A designação deverá recair no substituto mais antigo que exerça a substituição no momento da declaração da vacância.

§ 2º A designação de substituto para responder interinamente pelo expediente não poderá recair sobre cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau do antigo delegatário ou de magistrados do tribunal local.

[...]

Art. 8º Os tribunais deverão adequar as designações dos atuais interinos às regras deste provimento em até 90 dias.

Como visto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao editar o Aviso n. 4/CGJ/2019, assim o fez como mero executor da determinação emanada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Desse modo, há de ser reconhecida, de ofício, a ilegitimidade do Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para figurar, na origem, como autoridade coatora.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Atividade notarial e de registro. Serviço público delegado pelo Estado. Submissão aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e isonomia. Assunção temporária das serventias extrajudiciais. Submissão ao princípio da vedação ao nepotismo. Súmula Vinculante n. 13/STF e Enunciado Normativo n. 1/CNJ. Designação de servidor para assumir cargo anteriormente ocupado por familiar. Violação dos princípios constitucionais da impessoalidade e da vedação ao nepotismo. Inexistência de direito líquido e certo à designação. Atos de revogação de interinidade praticados pelo Corregedor Geral do Tribunal de Justiça do Maranhão. Cumprimento de determinação do Conselho Nacional de Justiça. Inexistência do Tribunal Estadual para deliberação quanto à permanência da interinidade da recorrente. Ilegitimada *ad causam* do Corregedor Geral. Recurso ordinário em mandado a que se nega provimento.

I - A atividade notarial e de registro consiste em serviço público delegado pelo Estado e, como tal, submete-se aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e isonomia.

II - A jurisprudência desta Corte, seguindo o entendimento firmado pelo Conselho da Justiça Federal, estabelece que a assunção temporária das serventias extrajudiciais submete-se à vedação de nepotismo prevista da Súmula Vinculante n. 13/STF e ao Enunciado Normativo n. 1 do CNJ.

III - A designação de servidor para assumir cargo ocupado anteriormente por familiar, ainda que com o preenchimento de alguns dos requisitos objetivos da designação, viola os princípios constitucionais da impessoalidade e vedação ao nepotismo, não havendo direito líquido e certo à designação em tais circunstâncias.

IV - Embora os atos de revogação da interinidade sejam praticados pelo Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça do Maranhão, estes apenas atendem à determinação emanada pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão ao qual se submete a Corte local.

V - Inexistente autonomia do Tribunal de Justiça do Maranhão para deliberar pela permanência da interinidade da recorrente, uma vez que se encontra submetido administrativamente ao Conselho Nacional de Justiça, estando acertada a decisão acerca da ilegitimidade *ad causam* do Corregedor-Geral.

VI - Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

(RMS 61.982/MA, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 31/8/2020.)

Processual Civil. Concurso público de provas e títulos. Delegação notarial. Tribunal de Justiça mero executor. Ilegitimidade passiva. Precedentes. Reconhecimento de ofício. Segurança denegada. Recurso ordinário prejudicado.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança em que o impetrante objetiva o direito de continuar a participar do concurso de remoção para outorga de delegações de notas e de registros do Estado de Minas Gerais, regido pelo Edital 01/2016, apenas na fase de Exame de Títulos, sem submissão a concurso público.

2. O Tribunal *a quo* denegou a segurança.

3. É firme o entendimento do STJ de que o Tribunal de Justiça não pode ser considerado autoridade coatora, quando mero executor de decisão do Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido: RMS 46.283/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18/9/2015; AgRg no RMS 39.695/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2/12/2013; RMS 43.273/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 27/9/2013, e AgRg no RMS 49.840/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/5/2016.

4. Assim, o Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não pode ser considerado autoridade coatora. Nesse sentido, é parte ilegítima passiva.

5. Recurso Ordinário não provido. (RMS 57.375/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 18/12/2018.)

Processual Civil. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Substitutos designados para a função delegada em serventias extrajudiciais. Teto remuneratório. Resolução e Atos Normativos do CNJ. Tribunal de Justiça mero executor. Ilegitimidade passiva. Precedentes. Reconhecimento de ofício. Segurança denegada. Recurso ordinário prejudicado.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Ivana Rosário de Castilhos, ora recorrente, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ora recorrido, que determinou, através do Ato 005/2013-P, que os substitutos designados para a função delegada em serventias extrajudiciais perceberão remuneração máxima não superior a 90,25% do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

2. O Tribunal *a quo* denegou a segurança.

3. O parecer do *Parquet* Federal exarado pelo Subprocurador-Geral da República Antonio Fonseca bem analisou a questão: "De início, vale registrar que o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul carece de legitimidade passiva *ad causam* para responder como autoridade coatora, tendo em vista que

a imposição do teto constitucional decorre da Resolução n. 80/2009, do Conselho Nacional de Justiça, sendo esse o órgão do qual se origina o ato coator. No mesmo sentido: RMS 49.213/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 02/02/2017." (fls. 502, grifo acrescentado).

4. *In casu*, como bem destacado pelo Ministério Público Federal no seu parecer, a imposição do teto constitucional decorreu da Resolução 80/2009, e dos Ofícios-Circulares 25/CNJ/COR/2010 e 012/CNJ/COR/2013, do Conselho Nacional de Justiça, sendo o Ato 005/2013-P do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul mera execução da decisão do CNJ.

5. É firme o entendimento do STJ de que o Tribunal de Justiça não pode ser considerado autoridade coatora, quando mero executor de decisão do Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido: RMS 46.283/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18/9/2015; AgRg no RMS 39.695/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2/12/2013, RMS 43.273/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 27/9/2013, e AgRg no RMS 49.840/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/05/2016.

6. Assim, o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não pode ser considerado autoridade coatora. Nesse sentido, é parte ilegítima passiva.

7. Diante do exposto, reconhece-se de ofício a ilegitimidade passiva do Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e denega-se a segurança, com amparo no artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009. No mais, julga-se prejudicado o Recurso Ordinário.

(RMS 53.106/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/4/2017, DJe de 2/5/2017.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.
70.020-SE (2022/0334204-3)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Agravante: Sindicato dos Trabalhadores Efetivos do Ministerio Publico
do Estado de Sergipe

Advogados: Raimundo Cezar Britto Aragao - DF032147

Marluce Maciel Britto Aragao e outro(s) - DF032148

Mauricio Gentil Monteiro - SE002435D

Agravado: Estado de Sergipe

Advogado: José de Sousa Ibiapino - SE000196B

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Servidor público estadual. Licença para mandato classista. Limite de dispensa de servidores. Discricionariedade da Administração. Pagamento de auxílio-alimentação. Impossibilidade. Agravo interno não provido.

1. No caso dos autos, o ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Procurador Geral de Justiça do Estado de Sergipe que deferiu o afastamento de apenas 01 membro da Diretoria do Sindicato. Para tanto, ressalta haver direito líquido e certo dos dirigentes sindicais à liberação de carga horária nos termos do art. 278 da CE/SE, o qual não restringiu o afastamento a (apenas) 01 servidor público. Assevera, ademais, que o próprio TJSE libera três diretores em tempo integral com todos os direitos e vantagens e sem qualquer prejuízo da remuneração.

2. Ademais, o art. 8º, VII, da CF/1988 não garante a dispensa do empregado ao cumprimento de sua jornada de trabalho. Por outro lado, entre os princípios da Administração Pública, estão a continuidade do serviço público e a impessoalidade. Logo, a fim de não prejudicar a prestação do serviço público, deve-se considerar que a expressão “até” no art. 278 da CE/SE é comando normativo que confere discricionariedade à Administração Pública.

3. Sobre a questão, a jurisprudência do STJ, em hipóteses semelhantes, já reconheceu o poder discricionário da Administração Pública na definição de quantos servidores públicos podem ser dispensados do cumprimento da carga horária do cargo público.

4. Em face da natureza não salarial do auxílio-alimentação e da ausência de previsão legal determinando o seu pagamento, não é possível obrigar a Administração Pública à obrigação de pagar esse

auxílio a servidores públicos afastados para desempenho de mandato classista. Precedentes do STJ.

Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 2.5.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de agravo interno interposto por Sindicato dos Trabalhadores Efetivos do Ministério Público do Estado de Sergipe contra decisão monocrática, de minha relatoria, assim ementada:

Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Servidor público estadual. Licença para mandato classista. Limite de dispensa de servidores. Discricionariedade da Administração. Pagamento de auxílio-alimentação. Impossibilidade. Recurso ordinário não provido.

No presente agravo, o sindicato defende a reforma da decisão ora impugnada ao sustentar conflito de interpretações possíveis para a garantia prevista no art. 278 da CE/SE. Assevera que o Poder Público não pode interferir na organização sindical e a Constituição Federal assegura a liberdade de associação profissional ou sindical. Argui, ademais, que o servidor em exercício de mandato classista tem o direito de receber auxílio-alimentação e demais vantagens.

Impugnação às e-STJ fls. 408/419.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O presente agravo não merece lograr êxito.

Em que pese o arrazoado, observa-se que a parte agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que embasaram a decisão agravada, o que faz subsistir o entendimento nela externado.

No caso dos autos, o ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Procurador Geral de Justiça do Estado de Sergipe que deferiu o afastamento de apenas 01 membro da Diretoria do Sindicato. Para tanto, ressalta haver direito líquido e certo dos dirigentes sindicais à liberação de carga horária nos termos do art. 278 da CE/SE, o qual não restringiu o afastamento a (apenas) 01 servidor público. Assevera, ademais, que o próprio TJSE libera três diretores em tempo integral com todos os direitos e vantagens e sem qualquer prejuízo da remuneração.

A redação do art. 278 da CE/SE não é restritiva ao ponto de determinar que a liberação é de 03 servidores ou de 06 servidores em carga horária reduzida. Além disso, não deixa explícita a legitimidade de quem é a atribuição de definir a quantidade de servidores com carga horária reduzida ou dispensada. A propósito, confira-se:

Art. 278. É assegurada a liberação, com ônus para o órgão ou entidade de origem, de servidores públicos membros titulares da Diretoria de Sindicatos representativos das categorias de servidores públicos, até o limite de 03 (três), em tempo integral, ou 06 (seis) em termos de 50% (cinquenta por cento) da jornada de trabalho, garantidos os direitos e vantagens pessoais.

Ademais, como destacado pelo Ministério Público Estadual, o art. 8º, VII, da CF/1988 não garante a dispensa do empregado ao cumprimento de sua jornada de trabalho. Por outro lado, entre os princípios da Administração Pública, estão a continuidade do serviço público e a impessoalidade. Logo, a fim de não prejudicar a prestação do serviço público, deve-se considerar que a expressão “até” no art. 278 da CE/SE é comando normativo que confere discricionariedade à Administração Pública.

A propósito, a jurisprudência do STJ, em hipóteses semelhantes, já reconheceu o poder discricionário da Administração Pública na definição de quantos servidores públicos podem ser dispensados do cumprimento da carga horária do cargo público. A propósito:

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Servidor público estadual. Licença para exercício de mandato classista. Art. 2º, alínea “b”, da Lei n. 9.073/90. Limite de onze dispensas. Direito líquido e certo. Inexistência.

1. A impetração discute a legalidade do ato do Secretário da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul que revogou a licença para desempenho de mandato classista concedida a Técnico do Tesouro do Estado, à consideração de que o órgão público havia atingido o limite de 11 (onze) servidores dispensados pelo mesmo motivo.

2. O ato questionado tem amparo no art. 2º, alínea “b”, da Lei n. 9.073/90, que estabelece: “Art. 2º - A dispensa fica limitada: (...) b) no caso de entidades sindicais, aos integrantes da Diretoria Executiva, na forma estatutária, até o limite de onze, salvo ampliação mediante convenção coletiva de trabalho”.

3. A exegese proposta pelo recorrente, no sentido de autorizar o licenciamento de 11 (onze) servidores em prol de cada novo sindicato, não condiz com a literalidade da Lei, nem com seus aspectos lógico-jurídicos, devendo-se atentar, ainda, à simetria com o art. 92 da Lei n. 8.112/90, que, ao estabelecer limites para a concessão de licença para desempenho de mandato classista, relaciona o tamanho da respectiva entidade ao número máximo de servidores passíveis de dispensa.

4. Também deve ser considerada a proporcionalidade, uma vez que o normativo em comento tem por escopo manter o direito fundamental de representação classista sem descuidar do interesse coletivo, mais especificamente o princípio da continuidade do serviço público.

5. O insurgente não demonstrou o atendimento ao requisito contido no art. 2º, alínea “b”, da Lei Estadual n. 9.073/90, razão pela qual deve ser mantido o acórdão denegatório da segurança pretendida.

6. Recurso em mandado de segurança a que se nega provimento.

(RMS n. 46.062/RS, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 4/11/2014, DJe de 2/12/2014.)

Por fim, não é possível declarar o direito líquido e certo de o servidor em exercício de mandato classista receber auxílio-alimentação da Administração Pública. Essa retribuição pecuniária possui natureza *pro labore faciendo* e depende do efetivo exercício das funções para ser percebida.

Especificamente, além de o art. 3º, I, da LE n. 7.722/2013 afastar a natureza salarial do auxílio-alimentação, o art. 2º da dessa mesma Lei não indica o desempenho de mandato classista como hipótese de pagamento de auxílio-alimentação. A propósito, confira-se os dispositivos legais mencionados:

Art. 2º. O auxílio-alimentação deve ser concedido como efetivo desempenho das atribuições do servidor ou quando estiver afastado em virtude de participação

em programa de treinamento ou em outros eventos similares, sem deslocamento da sede, em gozo de férias, licença prêmio, licenças para tratamento da própria saúde e de pessoa da própria família, e licenças maternidade ou paternidade, que são consideradas, na forma da Lei, como períodos de efetivo exercício.

Art. 3º. O auxílio-alimentação de que trata esta Lei:

I - não tem natureza salarial, nem se incorpora à manutenção para quaisquer efeitos;

Portanto, em face da natureza não salarial do auxílio-alimentação e da ausência de previsão legal determinando o seu pagamento, não é possível obrigar a Administração Pública à obrigação de pagar esse auxílio a servidores públicos afastados para desempenho de mandato classista. A propósito, os seguintes precedentes do STJ:

Administrativo. Processual Civil. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Servidor da Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Licença para o cumprimento de mandato classista. Percepção de auxílio-alimentação e vale-transporte. Vedação. Resoluções Legislativas n. 652/2012 e 308/2012. Desprovemento.

1. O licenciamento do servidor para cumprimento de mandato classista afasta o direito à percepção de auxílio-alimentação e vale transporte, os quais, por possuírem caráter indenizatório, são devidos somente a quem efetivamente exerça cargo público, vedado o pagamento àquele que se encontre na inatividade ou afastado de suas funções, nos termos das Resoluções Legislativas n. 652/2012 e 308/2012. Precedentes.

2. A opção pelo mandado de segurança requer prévia demonstração da liquidez e certeza do direito vindicado, pelo que não prospera, nessa via angusta, a alegação de que a Resolução Legislativa n. 652/2012, estaria em conflito com a Lei Estadual n. 6.107/1994, não só porque o hipotético conflito de normas, acaso existente, não se traduziria em direito líquido e certo do recorrente, mas também porque o dispositivo invocado da aludida Lei Estadual, o seu art. 170, não regula a concessão dos benefícios buscados.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS n. 55.406/MA, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/4/2018, DJe de 18/4/2018.)

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público. Auxílio-alimentação. Percepção em período de férias e licença. Não cabimento. Verba de caráter indenizatório. Ausência de direito líquido e certo.

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 1973.

II - É consolidado nesta Corte o entendimento segundo o qual, em virtude de seu caráter indenizatório, o auxílio-alimentação é devido apenas aos servidores que estejam no efetivo exercício do cargo. Precedentes.

III - Recurso Ordinário não provido.

(RMS n. 47.664/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 6/6/2017, DJe de 12/6/2017.)

Administrativo. Processual Civil. Servidor estadual. Mandato classista. Auxílio-transporte. Auxílio-alimentação. Vedação à percepção no caso concreto. Inexistência de previsão legal para o pagamento. Aplicação da regra geral. Precedente.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que negou o pleito mandamental de pagamento do auxílio-transporte e do auxílio-alimentação a servidores estaduais que estão afastados para o desempenho de mandato classista.

2. A legislação local veda a percepção das perseguidas indenizações de auxílio-transporte e de auxílio-alimentação na hipótese de mandato classista, como se depreende da leitura da Lei Estadual n. 6.248/1998 (transporte) e da Lei Estadual n. 7.524/1991 (alimentação), assim como do regimento interno do órgão de origem dos servidores.

3. Em não havendo previsão legal para o pagamento, deve ser considerada a regra geral de que as indenizações somente são devidas no caso do efetivo exercício do cargo no órgão de origem, não sendo possível a sua percepção no afastamento para o desempenho de mandato classista. Precedente: AgRg no AgRg no RMS 20.303/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 10.5.2010.

Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 43.981/SP, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/10/2013, DJe de 25/10/2013.)

Portanto, deve ser mantida a conclusão da decisão monocrática ora recorrida, no sentido de que não há direito líquido manifesto a ser exercido e reconhecido nestes autos de mandado de segurança. São os termos da jurisprudência:

Administrativo. Pró-DF. Concessão de direito real de uso. Pré-indicação da área. Concessão onerosa. Direito líquido e certo. Ausência.

[...]

2. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37), “direito líquido e certo é o que se apresenta

manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”.

[...]

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no RMS 40.803/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015).

Administrativo. Agravo regimental em recurso no mandado de segurança. Policial militar. Processo administrativo disciplinar.

[...]

1. O rito do Mandado de Segurança demanda a comprovação initio litis do fatos em que se funda o direito líquido e certo invocado pelo impetrante.

2. Ausência nos autos comprovação pré-constituída da violação a direito líquido e certo a ser amparo por *writ*.

3. “O direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 36/37).

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 30.427/PE, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 30/09/2013).

Esclareço, outrossim, que a decisão que se pretende cassar é com base no art. 932, inciso III, c.c. o art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, não trazendo a parte qualquer motivo hábil para sua anulação.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

Recorrente: Evanildo Maia de Santana
Advogado: Antônio Francisco Cavalcanti - PE009587
Recorrido: Estado de Pernambuco
Procurador: Antônio Figueiredo Guerra Beltrão e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Servidor público estadual. Anulação de processo administrativo disciplinar. Posterior instauração de novo processo. Abandono de cargo. Demissão. Art. 204, II, da Lei Estadual 6.123/68. Reconhecimento da prescrição punitiva administrativa. Termo inicial do prazo de quatro anos, contado da ciência dos fatos. Transcurso do lapso legal. Precedentes. Recurso ordinário provido.

I. Recurso Ordinário interposto contra acórdão que denegara a segurança, publicado na vigência do CPC/73.

II. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Evanildo Maia de Sant'ana, servidor público estadual, contra apontado ato ilegal do Governador do Estado de Pernambuco, consubstanciado no Ato 5.008, de 06/11/98 (DO/PE de 07/11/98), que demitiu o impetrante do cargo de professor (art. 204, II, da Lei Estadual 6.123/68 - abandono de cargo), alegando-se na inicial, entre outros fundamentos, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva administrativa, eis que decorridos mais de quatro anos da última suposta infração, ocorrida em 31/12/90.

III. O Tribunal de origem denegou a segurança, afastando a ocorrência de prescrição administrativa, ao entendimento de que “o acórdão que anulou o primeiro inquérito disciplinar transitou em julgado em 09/10/1997. É só a partir daí que passou a fluir o prazo prescricional, sendo novamente interrompido, em junho de 1998, com a instauração do segundo e ora atacado inquérito administrativo disciplinar que culminou na demissão do impetrante. Não resta dúvida, portanto, de que não se verifica, *in casu*, a prescrição administrativa da penalidade aplicada ao suplicante, por não ter transcorrido, entre o trânsito em julgado do acórdão supramencionado e a instauração do novo processo administrativo, lapso temporal de quatro anos”.

IV. No caso, o impetrante teve contra si instaurado um primeiro Processo Administrativo Disciplinar pela Portaria 1.591, de 07/03/91, cujo último fato a ele imputado ocorrera em dezembro de 1990, o que redundou na pena de demissão, aplicada pela autoridade impetrada, com fundamento no art. 204, II, da Lei Estadual 6.123/68 (abandono de cargo), pelo Ato 1.899, de 28/05/92. Em seguida, o servidor impetrou o Mandado de Segurança 12.364-0, em 28/07/92, cuja segurança foi concedida, para anular o referido processo administrativo disciplinar, tendo o acórdão transitado em julgado em 09/10/97. Em virtude da nulidade do processo administrativo disciplinar, reconhecida no primeiro MS 12.364-0, foi instaurado novo Processo Administrativo Disciplinar em desfavor do impetrante, pela Portaria SEE 3.295, de 01/06/98 (DO/PE de 04/06/98), com aproveitamento, entretanto, dos atos praticados pela Comissão Processante anterior, o que levou à sua demissão, também com fundamento no art. 204, II, da Lei Estadual 6.123/68, por meio do Ato 5.008, de 06/11/98 (DO/PE de 07/11/98), ora apontado como coator.

V. Nos termos do art. 209, III e § 2º, da Lei Estadual 6.123/68, a prescrição para a Administração estadual punir o servidor com pena de demissão, é de quatro anos e “começa a fluir da data do fato punível disciplinarmente e se interrompe pelo ato que determinar a instauração do inquérito administrativo”.

VI. Em regra, os prazos prescricionais iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido e voltam a fluir por inteiro, após decorrido o prazo legal para conclusão do processo administrativo disciplinar, o que, na esfera federal, encontra-se sedimentado na Súmula 635/STJ (“Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção”).

VII. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, havendo anulação de anterior processo administrativo disciplinar – apesar da possibilidade do uso de suas provas –, a anulação determina a exclusão

do mundo jurídico do ato viciado, pelo que o prazo prescricional da pretensão punitiva volta a ser contado da ciência, pela Administração, da prática do suposto ilícito administrativo. Nesse sentido: STJ, MS 19.755/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 03/09/2015; EDcl no RMS 24.312/PR, Rel. Ministro *Ericson Maranhão* (Desembargador convocado do TJ/SP), *Sexta Turma*, DJe de 16/03/2015; MS 13.703/DF, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Terceira Seção*, DJe de 07/04/2010; MS 13.242/DF, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Terceira Seção*, DJe de 19/12/2008; MS 12.994/DF, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Terceira Seção*, DJe de 14/11/2008. Em igual sentido: “A pena imposta ao servidor regula a prescrição. A anulação do processo administrativo original fixa como termo inicial do prazo a data em que o fato se tornou conhecido e, como termo final, a data de instauração do processo válido” (STF, RMS 24.129, Rel. Ministro *Joaquim Barbosa*, *Segunda Turma*, DJe de 30/04/2012).

VIII. No caso, o acórdão proferido no processo Mandado de Segurança (MS 12.364-0) anulou o primeiro processo administrativo disciplinar instaurado contra o impetrante, e, no aludido *writ*, não houve medida liminar que suspendesse os efeitos da Portaria 1.899, de 28/05/92, de molde a impedir a Administração de executar o ato de demissão do impetrante, ou, ainda, de revisar os seus próprios atos, imputados pelo impetrante como nulos, naquele *mandamus*, por cerceamento do direito de defesa, no primeiro processo administrativo disciplinar. Ao contrário, no primeiro Mandado de Segurança a liminar foi expressamente indeferida.

IX. Na forma da jurisprudência do STJ – no julgamento de pretensão mandamental na qual se postulava a decretação da prescrição de pena disciplinar cujo cumprimento fora impedido por força de liminares diferentes em três Mandados de Segurança –, decidiu-se que “(...) ‘Não ocorre a prescrição quando o exercício do direito fica inviabilizado *pela existência de liminar ou tutela antecipada que veda tal exercício*, de modo que os prazos ficam interrompidos enquanto não decidida em definitivo a lide e revogado o óbice judicial’ (AgRg no REsp 1.537.976/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 25/8/2015)” (STJ, AgRg no RMS 48.667/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 20/05/2016).

X. Dessa forma, contado o termo inicial do prazo prescricional na data em que a autoridade tomou conhecimento do abandono do cargo, ocorrido até dezembro de 1990, por meio do Ofício 05, de 30/01/91, verifica-se que a Administração extrapolou o prazo máximo legal de 04 (quatro) anos para aplicação da pena de demissão. De fato, tendo sido instaurado o segundo processo administrativo disciplinar tão somente pela Portaria SEE 3.295, de 01/06/98 (DO/PE de 04/06/98), imposta a pena de demissão pelo Ato 5.008, de 06/11/98 (DO/PE de 07/11/98), resta prescrita a pretensão punitiva administrativa.

XI. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança, a fim de anular o ato que demitiu o recorrente do cargo de Professor do Estado de Pernambuco, ante a ocorrência de prescrição administrativa, ratificando a liminar anteriormente concedida no presente *writ*, que determinara a sua reintegração com efeitos financeiros a partir da impetração do *mandamus*.

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 ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2023 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 16.2.2023

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto pelo *Evanildo Maia de Sant'ana*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco assim ementado:

Direito Constitucional e Administrativo. *Servidor público estadual. Instauração de novo inquérito administrativo. Abandono de cargo. Demissão. Art. 204, II, da*

Lei n. 6.123/68. Alegações de prescrição administrativa, ofensa à coisa julgada e cerceamento de defesa. Inocorrência. Denegação da segurança.

1. Inicialmente, destaque-se que *as arguições de prescrição administrativa, ofensa à coisa julgada e cerceamento de defesa não constituem preliminares da ação mandamental, e sim questões a serem enfrentadas no plano meritório*, porquanto não se afiguraram como questões processuais relativas ao presente feito, e sim supostas inobservâncias do inquérito que aqui se controverte.

2. *O acórdão que anulou o primeiro inquérito disciplinar transitou em julgado em 09/10/1997. É só a partir daí que passou a fluir o prazo prescricional, sendo novamente interrompido, em junho de 1998, com a instauração do segundo e ora atacado inquérito administrativo disciplinar que culminou na demissão do impetrante. Não resta dúvida, portanto, de que não se verifica, in casu, a prescrição administrativa da penalidade aplicada ao suplicante, por não ter transcorrido, entre o trânsito em julgado do acórdão supramencionado e a instauração do novo processo administrativo, lapso temporal de quatro anos (art. 209, III, § 2º, da Lei n. 6.123/68).*

3. *O acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 12.634-0, anteriormente impetrado pelo suplicante, não versou sobre o mérito debatido no primeiro inquérito disciplinar, instaurado pela Portaria n. 1.591, eis que apenas decretou a nulidade do referido processo administrativo, por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, não resta configurada a aludida ofensa à coisa julgada.*

4. Os documentos acostados foram inequívocos ao atestarem que o direito de defesa foi exercido em sua plenitude. Diante desse quadro, toda a argumentação do impetrante não merece guarida, porque apurada a sua conduta no inquérito administrativo com observância rigorosa do devido processo legal.

5. Segurança denegada (fl. 322e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo ora recorrente, (fls. 2/4e), foram eles rejeitados (fls. 12/20e), por acórdão assim ementado:

Direito Processual Civil. Embargos de declaração em face de acórdão em ação mandamental. Alegação de omissão. Rejeição. 1. Não há vício embargável no acórdão que analisa, de forma clara, a questão posta sob julgamento, apresentando os motivos por que não acolhida a pretensão manifestada pela parte. 2. Ausentes as causas de embargabilidade, observa-se mero propósito do recorrente de, por meio dos declaratórios, obter o reexame da matéria, o que não é possível nos estreitos limites desse tipo de recurso. 3. Recurso a que se rejeita (fl. 14e).

Nas razões do Recurso Ordinário, a parte ora recorrente pretende, em resumo, “1) (...) *ser-lhe reconhecida a ocorrência da prescrição extintiva das faltas das quais fora acusado* (supostas faltas ao serviço de outubro, novembro e

dezembro/1990: em que, conforme alegou e há juntados nos autos documentos de doença dele e da genitora, doenças constantes e sucessivas, e não houve prejuízos aos alunos, pois, foram compensadas e nos autos documentos dessa compensação, provas dos alunos, resultados, etc.) *pelo transcurso de mais de quatro anos da última falta (31/12/1990) e 2) (...) ser-lhe reconhecido o garantido direito de continuidade no exercício do seu cargo público de professor com todos os seus direitos e vencimentos e vantagens ao qual fora reintegrado por efeito da decisão no 1º MS fls. e depois da 2ª Demissão de novo Reintegrado pela Liminar de fls. 385/387, efetivada fls., enfim, 3) O direito de respeito à res judicata no 1º MS proferida, que nulificara o 1º IAD* (nulo, todo o processo: logo o prazo para punição, dos 4 anos, ficara correndo e se extinguiu com o da última falta em 31/12/1994 e assim em não poderia mais o Estado/PE vir reabrir apuração disciplinar dos mesmos fatos por 2º IAD, como fez, em 1998, quase oito anos depois da última falta” (fl. 29e).

Para tanto, argumenta, em longa peça, basicamente, que:

Logo de início suplica a ratificação da V. Liminar concedida em 26 Mai 99, fls. 385/387, pois, daquela data até o presente já se passaram mais de onze (11) anos, ali concedida a reintegração liminar justamente dentro do bom direito e do perigo da demora, que se vislumbra, por base na ocorrência da prescrição extintiva da falta e do poder punitivo estatal pelo transcurso de mais de quatro anos da última falta e da 1ª Portaria de instauração do 1º IAD de 07/03/91, o direito ali concedido - ocorrência da prescrição extintiva, diante de 1º IAD nulificado, - que é corroborada por toda a jurisprudência dos E. STF e C. STJ nos autos fls. 353/365 (com transcrição do Aresto e trechos do Voto no MS fls. 31/36 ali com acreditada Doutrina de Mewyrelles (*sic*) fls. 29/31) e, agora, mais esses Acórdãos em MM SS pelos Arestos fazendo-se a juntada, docs. 03/22/STF e docs. a 23/44/STJ, que pede sejam também considerados.

Em seguida, *arraza* dizendo que as VV. decisões, ora Recdas., de fls. 468/479 (que sem respaldo *denegara a segurança*, como se alegou e firmou na Petição deste Recurso retro firmada, malferindo as Leis e a CF pelos arts. já antes apontados e divergindo da vasta jurisprudência específica e do entendimento da doutrina acreditada de Meyrelles) e a de fls. 13/20 dos ED fls. 02/04/apensados, que apenas *rejeitou os embargos*, - *não podem prosperar*. A primeira *malferiu o direito líquido e certo de prescrição das faltas e da punibilidade ao cabo dos quatro anos, garantido pelo art. 209, III e § 2º da Lei Complementar Estadual Estatutária/PE n. 6.123/68 e o direito de respeitada ser a res judicata do 1º MS que nulificara todo o 1º cujo efeito fora o de invalidade de todo aquele 1º processo e a volta da contagem do prazo da prescrição extintiva da falta e da punibilidade a ser feita desde a última falta, de 31/12/90, completando-se a prescrição quatrienal em 31/12/94, logo, em 1998, a Administração já não mais podia reabrir 2º IAD*

sobre as mesmas faltas, pois, prescritas e extinto o poder punitivo ao caso.

Então, urge Justiça ao impete., a vir com a concessão desta Segurança por meio de provimento a este ROMS.

E as *razões básicas*, como as supra, de *mérito* já foram *postas* na precedente Petição deste Recurso, itens 1.- e letras a, b, c, d, e 2.-, e quanto à alegada *nulidade*, que preliminarmente alega, ela ocorreu em face de a 2ª V. Decisão fls. 13/20 proferida nos ED fls. 02/04/apensados não haver suprido as omissões, não haver declarado a decisão nos pontos essenciais do *writ* e de fundamentos do Direito e Pedido do Impete., assim malferindo de frente, além da CF, art. 5º, LV e 93, IX, também o art. 535, II e sgs. do CPC pelo que era obrigado, era um dever, de o tribunal, instigado como foi, expressamente, declarar a anterior 1ª V. Decisão e completar o julgamento, em relato, fundamentação, análise e consideração ou não dos pontos apontados como omitidos, com o se vêm eles dos ED fls. 02/04/apensados, aqui como mais um fundamento deste Recurso a nulidade ou reforma das Vv. Recdas., que suplica considerados também sejam no Colendo julgamento, *verbis*:

(...)

Ainda, em continuidade a estas *razões*, quanto aos específicos *atos e motivos* embasadores do MS e aos específicos *direitos* líquidos e certos molestados e por isso buscados proteger e garantir pelo MS, aqui é de bom alvitre *reafirmar a inicial* fls. 02/38 em todos os seus termos, dela trazendo para bem perto *trechos básicos*, aqui destacados, e pedindo considerados *in totum* sejam não só este mais todos os demais da Petição Inicial do *Writ*, *verbis*:

Este Recurso merece e deve ser provido, como pede, ainda, *porque* são reafirmados fatos e motivos como o/s direito/s colocados na Inicial fls. 02/38, que ora se destaca como parte destas *razões*:

(...)

E *agora*, a mesma Liminar requerida fls. 12/17 e bem como o mesmo Pedido Final no MS fls. 37/38 formulados, *o recte a/o/s renova e suplica (sic)* manutenção e ou renovação da Liminar e a concessão da Segurança por meio de *provimento a este ROMS*, cujo o *pedido final* fls. 37/38 da inicial do *writ* é retranscrito e sendo parte integrante, como são as demais premissas fundamentais, destas *Razões Recursais* para pedir, *verbis*:

(...)

Como última ratio para Nulidade ou a Reforma, aqui alegadas-fundamentadas e requeridas, data vênua, *embasando firme o pedido*, além da Jurisprudência do Supremo já nos autos fls. 353/365 (com Arestos fundamentado posto na Inicial fls. 32/36 e da acreditada Doutrina sobre as conseqüências da nulidade/invalidade de Inquérito/Processo Administrativo Disciplinar colocada na Inicial fls. 298/31 - nulidade pelo judiciário ou pela administração, que atinge todos os atos e faz correr a prescrição das faltas e da punibilidade desde o cometimento e da

ciência da falta pela administração - fundamenta estas razões em que é reiterativa a jurisprudência favorável ao pleito neste *Writ* e neste Recurso formulado, de nulidade absoluta de todos os atos do IAD anterior e de voltar a prescrição extintiva da falta e da punibilidade desde o cometimento e da ciência pela administração, constatando-se a extinção pela prescrição como neste caso, em que correram os quatro (4) anos previstos na Lei Estatutária Estadual/PE pelo art. 209, inciso III e pelo § 2º, já transcritos nos autos fls. 10, fls. 426/427 (parecer do Ministério Público Estadual que, entretanto, confundiu prescrição de faltas disciplinares e de punibilidade administrativa e que não se suspende seu curso com ajuizamento de MS e principalmente quando invalida IAD como no caso dos autos, confundiu ele com a prescrição judicial de direitos (direito de impetrar o M ou de propor ação, etc.) que se suspende o curso, quando de ajuizamento, e erroneamente, d.v., misturou uma e outra coisa para opinar desfavoravelmente ao *mandamus*), traz mais estas do E. STF e do C. STJ, que pede sejam elas consideradas no seu todo (não só nas ementas) para a nulidade ou a Reforma das aqui Recdas.

(...) (fls. 32/47e).

Por fim, reitera os pedidos formulados na inicial (fls. 44/46e) e requer “a reforma (...) com o conhecimento e o provimento deste ROMS e vindo com a conformação da liminar lá nos idos de 1999 deferida e executada e a concessão da segurança nos termos dos Requerimentos postos na Inicial do *Writ*, já transcrito, como é de Direito e Justiça, invertida a sucumbência” (fl. 53e).

Contrarrazões, a fls. 102/104e, pelo desprovimento do recurso.

Nesta Corte, o Ministério Público Federal, a fls. 127/135e, manifestou-se pelo desprovimento do Recurso Ordinário, em parecer assim ementado:

Recurso em mandado de segurança. Impetração contra ato do Governador do Estado de Pernambuco que demitiu o impetrante do cargo de Professor Estadual. Acórdão do Eg. Tribunal de Justiça/PE que denegou o *writ* em comento. Recurso ordinário tempestivo fundado no art. 105, II, “b”, da Constituição Federal. Alegação de ocorrência de omissão no julgado recorrido. Descabimento. Acórdão que analisou detalhadamente a matéria suscitada. Alegação de prescrição afastada. Prazo prescricional interrompido com a impetração de *writ* que culminou com a anulação do primeiro processo administrativo instaurado e posteriormente com a instauração de novo inquérito disciplinar. Arguição de ofensa à coisa julgada. Não demonstração. O *writ* impetrado anteriormente não analisou o mérito discutido no primeiro inquérito disciplinar limitando-se a reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa. Cerceamento de defesa. Inocorrência. O impetrante utilizou-se de todas as garantias constitucionais para exercer seu direito de defesa. Legalidade do processo administrativo disciplinar que culminou com a aplicação da pena de demissão. Princípios do devido processo legal, ampla

defesa e contraditório assegurados. Impossibilidade do Poder Judiciário adentrar no exame do mérito administrativo. Parecer pelo não provimento do recurso ordinário ora apreciado (fl. 127e).

A fls. 138/143e, o impetrante informa, em 1º/08/2012, a concessão de sua aposentadoria, conforme Portaria 0186, de 31/01/2012, pretendendo o reconhecimento de fato consumado.

Intimado para se manifestar, o *Estado de Pernambuco* reitera o que alegara em contrarrazões e pugna pela não aplicação da teoria do fato consumado, ante a situação precária do impetrante, reintegrado por força de decisão liminar.

Considerando o lapso decorrido, instado o impetrante, manifestou-se pela persistência do seu interesse no julgamento do recurso (fls. 160/164e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se de Mandado de Segurança impetrado em 11/02/99, por *Evanildo Maia de Sant'ana*, servidor público estadual, contra apontado ato ilegal do *Governador do Estado de Pernambuco*, consubstanciado no Ato 5.008, de 06/11/98 (DO/PE de 07/11/98, Apenso 2 - fl. 207e), que demitiu o impetrante do cargo de professor (art. 204, II, da Lei Estadual 6.123/68 - abandono de cargo), alegando-se na inicial, entre outros fundamentos, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva administrativa, eis que decorridos mais de quatro anos da última suposta infração, ocorrida em 31/12/90.

Narra o impetrante que o primeiro processo administrativo disciplinar, contra ele instaurado pelos mesmos fatos e que fora anulado, em Mandado de Segurança anterior (MS 12.634-0), não tem o condão de interromper a prescrição administrativa.

Requer, assim, a concessão da segurança, “invalidando-se assim o novo IA Disciplinar, em todos os seus atos desde a reabertura e subsequentes e ou posteriores abrangendo, principalmente, também, o novo ato de demissão do Impte, e demais posteriores aos atos do referido novo IA Disciplinar; declaradas sendo prescritas as faltas e/ou os fatos supostamente puníveis com pena de demissão e também a prescrição da pretensão punitiva estatal/PE, pela ocorrência, comprovada, dos quatro (04) anos legais (art. 209. III, L. 6.123/68);

determinada sendo a reintegração definitiva do Impte. com todos seus direitos e com efeitos *ex tunc* e o seu reimplante em definitivo em folhas e contra cheques de pagamentos e com todas as demais vantagens e a contagem pretérita do tempo de serviço” (Apenso 1, fls. 38/39e).

A fls. 221/223e do Apenso 2, em 26/05/99, foi concedida, na instância de origem, a medida liminar requerida nos presentes autos, para “suspender os efeitos do Ato n. 5.008, do Exmo. Sr. Governador do Estado de Pernambuco, de 06 de novembro de 1998, determinando seja reintegrado o Impetrante no cargo público do qual alega haver sido indevidamente afastado, com todos os seus direitos e vantagens, possibilitando-lhe o retorno provisório ao *status quo ante*, até que seja julgado o mérito do *mandamus*”.

Informações da autoridade impetrada, a fls. 230/234e do Apenso 2, em que aduziu o seguinte:

Inocorrência de ofensa à coisa julgada

O primeiro mandado de segurança, *que declarou a nulidade do inquérito administrativo anterior*, o fez sob o entendimento de que ocorrera desrespeito à Ampla Defesa. Nesse sentido é o acórdão de fls. 64 e 86.

Naquele acórdão está dito de forma clara e direta que o inquérito administrativo que se anulava tinha sido realizado sem o devido respeito à Ampla Defesa, consubstanciada a ofensa, no presente caso, no fato de o servidor investigado não ter tido a oportunidade de inquirir as testemunhas, posto que não foi intimado da ocorrência da oitiva das mesmas, e no fato de não ter sido ouvida testemunha relacionada pelo servidor. Esse o sentido do voto do de fls.. 69/70.

Dessa feita, *resta patente que o acórdão deste Egrégio Tribunal de Justiça que anulou inquérito administrativo anterior*, tratou apenas e tão-somente de verificar aspectos formais do inquérito, não tendo adentrado na ocorrência ou não dos fatos que lhe deram causa.

Em momento algum o Egrégio Tribunal afirmou que o servidor não faltou ao serviço público, nem afirmou que as suas faltas foram justificadas legalmente, o que eximiria de forma definitiva o impetrante de qualquer responsabilidade. Muito pelo contrário, *este Douta Corte, unicamente, disse que o procedimento utilizado pela Administração fora inválido.*

Assim, diante de uma decisão judicial que anulou ato administrativo por razões meramente formais, e em função do dever da administração de aplicar a lei, não tinha outra forma de agir a não ser apurar, mais uma vez, as faltas funcionais do servidor impetrante.

Dá que o inquérito administrativo que dá origem ao presente mandamus, não ofende a coisa julgada no mandado de segurança anterior que, única e simplesmente, declarou nulo por vício formal um outro processo administrativo.

Trata-se aqui de um outro procedimento, desta vez válido, como se demonstrará.

Não há ofensa à coisa julgada.

Inexistência de prescrição administrativa

Alega o Impetrante em sua excessivamente longa exordial que deu-se a prescrição administrativa.

Contudo, trata-se de equívoco. A série de faltas ao serviço público encerrou-se dezembro de 1990. O primeiro inquérito que concluiu pela sua demissão iniciou-se em 1991, tendo sido concluído no mesmo ano. O primeiro mandado de segurança foi impetrado em 1992, tendo ocorrido o seu trânsito em julgado em 1997. Após isso, em junho de 1998 foi instaurado o segundo inquérito administrativo, objeto do presente mandamus.

Reza o Código Civil, em seu Art. 172, I e V, que a propositura de processo interrompe a prescrição. Foi o que ocorreu com a instauração do primeiro inquérito administrativo.

Encerrado tal inquérito, não mais se havia de falar em prescrição administrativa, posto que ação administrativa passível de prescrição já fora promovida e já se ultimara. Assim, é claro e lógico que, durante todo o período em que o primeiro inquérito foi mantido como válido, não correu qualquer prazo prescricional, pelo simples e lógico motivo de que não havia qualquer prazo para correr.

Proposto e vencido o primeiro mandado de segurança, foi decretada a nulidade do ato administrativo de instauração do inquérito, daí decorrendo que não gerou qualquer efeito jurídico, inclusive não tendo interrompido o prazo prescricional.

Mas a própria propositura do primeiro mandado de segurança, em 1992, teve o efeito de interromper a prescrição, com já enunciado pelo Art. 172 do Código Civil. E mais durante todo o tempo em que o referido mandamus foi processado, o prazo prescricional esteve suspenso, por força e graça do Art. 172 do Código Civil.

O prazo prescricional só retornou a correr (partindo do zero, pois o prazo fora interrompido pela impetração do mandamus) com o trânsito em julgado do primeiro mandado de segurança, o que se deu em 1997.

Vê-se, pois, claramente, que, tendo o prazo recomeçado a contar em 1997, e tendo sido instaurado o segundo inquérito administrativo em junho de 1998, não transcorreu o prazo de quatro anos do Art. 209, III, do Regimento dos Servidores Estaduais.

Não ocorreu a prescrição, porque, entre a data do trânsito em julgado do primeiro mandamus, com cuja propositura interrompeu-se o prazo prescricional e que teve o condão de manter este prazo suspenso, a qual se deu no início de 1992, e a instauração do segundo inquérito administrativo, que se deu em junho de 1998, não transcorreram quatro anos.

Eis os motivos, porque não se deu a prescrição administrativa e porque o presente mandamus deve ser indeferido (fls. 232/234e).

De fato, a fls. 69/88e e 91/100e do Apenso 1, consta o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no mandado de segurança anterior (MS 12.364-0), integrado por aresto em Embargos de Declaração, transitado em julgado em 09/10/97, em que, embora não deferida qualquer medida liminar para suspender a pena de demissão (fl. 70e), restou, ao final, concedida a segurança requerida pelo ora impetrante, cujas ementas seguem:

Concede-se mandado de segurança, para invalidar o inquérito administrativo sempre que constatada qualquer restrição ao direito de ampla defesa do funcionário público indiciado (fl. 92e).

Dá-se provimento ao, embargos declaratórios interpostos, corrigindo-se o erro material quanto à grafia do nome do embargante no venerando acórdão, incluindo-se outrossim, na ementa os atos subsequentes ao inquérito administrativo e que também foram anulados pela segurança. Decisão unânime (fl. 91e).

O Tribunal de origem denegou a segurança ora postulada, aos seguintes fundamentos:

Para facilitar o deslinde da controvérsia, enfrentarei as questões meritórias dividindo-as em tópicos. Destaco, inicialmente, que as arguições de prescrição administrativa, ofensa à coisa julgada e cerceamento de defesa não constituem preliminares desta ação mandamental, e sim matérias a serem enfrentadas no plano meritório, porquanto não se afiguraram como questões processuais relativas ao presente feito, e sim supostas inobservâncias do inquérito que aqui se controverte.

1. Da prescrição administrativa:

Adoto integralmente os termos do bem elaborado parecer ministerial de fls. 425/434, *in verbis*:

A lei Estadual n. 6.123/68, que instituiu o Estatuto dos Funcionários Públicos de Pernambuco, dispõe, em seu art. 209, que:

Art. 209 - Prescreverão:

I - *(omissis)*

II - *(omissis)*

III - *em quatro anos*, as faltas sujeitas às penas de destituição de função, *demissão* e cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Por sua vez, quanto à fluência do prazo prescricional, estabeleceu, ainda, no mesmo artigo, o que segue:

§ 2º - *O curso da prescrição começa a fluir da data do fato punível disciplinarmente e se interrompe pelo ato que determinar a instauração de inquérito administrativo.*

Destarte, in casu, tendo o fato passível de punição se consumado em 30/12/1990, sua prescrição foi interrompida, a princípio, com a instauração do inquérito administrativo disciplinar, por força da Portaria n. 1.591, em 07.03.1991. Após a conclusão do referido inquérito, o impetrante foi demitido, por ato da autoridade indigitada coatora, ainda no mesmo ano.

No entanto, em 1992, o servidor público ora suplicante impetrou mandado de segurança contra o malsinado ato de demissão, auferindo a segurança pretendida, e sendo reintegrado ao cargo que ocupava.

O indigitado acórdão concessivo da ordem anulou o inquérito disciplinar por entender que o impetrante sofreu cerceamento de defesa. Restou, por conseguinte, invalidados todos os efeitos do processo administrativo instaurado pela Portaria n. 1.591. Cessando seus efeitos, por força da decretação de sua nulidade, é pacífico o entendimento da doutrina e da jurisprudência pátrias, como bem demonstrado pelo impetrante em sua exordial, que não se opera a interrupção da prescrição administrativa.

Por outro lado, embora não interrompida pelo processo disciplinar anulado, a prescrição administrativa teve seu curso interrompido, inevitavelmente, pela impetração do mandado de segurança que pleiteou a anulação da demissão do impetrante.

Não há como fugir da regra basilar explanada pelo art. 219 do Código Processual Civil, bem como pelo art. 172, I, do Digesto Cível. Ao se ajuizar ação, seja ela de que natureza for, pois a lei não fez distinção, o objeto do litígio passa a estar sub judice, não se podendo falar em transcurso do prazo prescricional até o trânsito em julgado da sentença que dirimir o conflito.

Nesse sentido, a lição da preclara jurista Maria Helena Diniz (Código Civil Anotado, Editora Saraiva, 1995):

Se a prescrição interromper-se por qualquer das causas arroladas no art. 172, ela começa a fluir da data do ato que a interrompeu. Todavia, o mesmo não se dará com a citação (CC, art. 172, I), porque, o prazo prescricional já decorrido não recomeçará correr da data da citação, mas somente do último termo da demanda ou quando esta findar. A interrupção, portanto, produz efeito no passado, inutilizando o tempo transcorrido, e no futuro, determinando o reinício da prescrição, recontando-se o prazo prescricional como se nunca houvesse fluído.

No caso em tela, o acórdão que anulou o primeiro inquérito disciplinar transitou em julgado em 09/10/1997, consoante se constata da certidão de fls.

372 dos autos. É só a partir daí que passou a fluir o prazo prescricional, sendo novamente interrompido, em junho de 1998, com a instauração do segundo e ora atacado inquérito administrativo disciplinar que culminou na demissão do impetrante.

Não resta dúvida, portanto, de que não se verifica, in casu, a prescrição administrativa da penalidade aplicada ao suplicante, posto não ter transcorrido, entre o trânsito em julgado do acórdão supramencionado e a instauração do novo processo administrativo, lapso temporal de quatro anos.

Posto isto, sem mais a acrescentar, resta patente a inoccorrência de prescrição punitiva do Estado no caso sub examine, razão pela qual rejeito essa alegação do impetrante.

2. Da ofensa à coisa julgada:

Compulsando os autos, verifico que o acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 12.634-0 (fls. 64/95), cuja certidão de trânsito em julgado se vê à fl. 372, anteriormente impetrado pelo suplicante, não versou sobre o mérito debatido no primeiro inquérito disciplinar, instaurado pela Portaria n. 1.591, de 07.03.1991, eis que apenas decretou a nulidade do referido processo administrativo, por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, não há que se falar em suposta ofensa à coisa julgada, argumento que desacolho.

3. Do cerceamento de defesa no âmbito do inquérito administrativo:

Alega o impetrante ter sido cerceado o seu direito de defesa, face à ausência de citação no novo inquérito administrativo instaurado, aduzindo, ademais, que nenhum dos atos do processo administrativo anterior poderiam ser reaproveitados, face à decretação de nulidade no mandado de segurança n. 12.634-0.

Assevera, outrossim, que o ato de demissão não apresenta qualquer fundamento, no tocante ao motivo e ao período do cometimento da infração disciplinar, pelo que não foram levados em consideração os documentos comprobatórios de complementação escolar das matérias e de aplicação de provas aos alunos, além de atestados médicos colacionados pelo impetrante.

Contudo, compulsando detidamente os autos, constato, à fl. 267, ofício n. 130/98, solicitando o comparecimento do impetrante para prestar esclarecimentos relacionados ao novo inquérito administrativo disciplinar então instaurado (Portaria SEE n. 3.295, de 01.06.98), com a relação nominal dos servidores que foram convidados para prestarem depoimento, com data e horário previamente determinados (fl. 268).

Por conseguinte, às fls. 277/278, consta defesa administrativa do impetrante, em que pleiteia o arquivamento dos autos, alegando tão-somente a ocorrência da prescrição punitiva do Estado.

Outrossim, verifico que o advogado do impetrante compareceu a todos os depoimentos relacionados ao inquérito administrativo, conforme se observa às fls. 274/276, 281/285, 296/297, 299/300, 302/303.

Posto isto, conforme conclusão do relatório da comissão do inquérito administrativo (fls. 305/309), tem-se o que segue:

Pela exposição dos fatos fartamente enunciados, podemos concluir que *no tocante ao cerceamento de defesa alegado pelo servidor **Evanildo Matia de Santana**, foram supridas as falhas formais através da reabertura do presente inquérito administrativo, onde foram concedidas todas as oportunidades ao servidor em tela, para que acompanhasse todos os depoimentos e apresentasse o seu rol de testemunhas, as quais foram ouvidas e vale salientar que em seus depoimentos vagos e inconsistentes, nenhum fato novo foi acrescentado que pudesse descaracterizar o abandono de cargo por parte do servidor, o qual não conseguiu justificar de forma legal e inconteste as suas faltas ao trabalho no período de outubro, novembro e dezembro de 1990, e por todo o exposto esta Comissão concluiu que o servidor **Evanildo Maia de Santana**, professor HAB-3, NU-6, matrícula n. 79.623-9, localizado na Escola Cônego fonas Taurino, no município de Olinda-PE, incorreu na hipótese prevista no inciso II, do artigo 204 da Lei 6.123, de 20 de julho de 1968, conforme foi decidido no inquérito administrativo a que respondeu e somos de Parecer que está plenamente caracterizado o abandono de emprego, cuja conduta é tipificada no artigo e inciso da lei acima mencionada.*

Desta feita, não havendo o impetrante demonstrado qualquer arbitrariedade cometida pela Administração no curso do inquérito que culminou em sua demissão, não antevejo qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade impetrada a ensejar a anulação do ato que aplicou a pena de demissão.

Com efeito, os documentos acostados foram inequívocos ao atestarem que o direito de defesa foi exercido em sua plenitude. Diante desse quadro, toda a argumentação do impetrante não merece guarida, porque apurada a sua conduta no inquérito administrativo disciplinar com observância rigorosa do devido processo legal.

Em face do exposto, voto pela denegação da segurança (fls. 313/318e do Apenso 2).

Confira-se a ementa do julgado:

Direito Constitucional e Administrativo. Servidor público estadual. Instauração de novo inquérito administrativo. Abandono de cargo. Demissão. Art. 204, II, da

Lei n. 6.123/68. Alegações de prescrição administrativa, ofensa à coisa julgada e cerceamento de defesa. Inocorrência. Denegação da segurança. 1. Inicialmente, destaque-se que as arguições de prescrição administrativa, ofensa à coisa julgada e cerceamento de defesa não constituem preliminares da ação mandamental, e sim questões a serem enfrentadas no plano meritório, porquanto não se afiguraram como questões processuais relativas ao presente feito, e sim supostas inobservâncias do inquérito que aqui se controverte. 2. *O acórdão que anulou o primeiro inquérito disciplinar transitou em julgado em 09/10/1997. É só a partir daí que passou a fluir o prazo prescricional, sendo novamente interrompido, em junho de 1998, com a instauração do segundo e ora atacado inquérito administrativo disciplinar que culminou na demissão do impetrante. Não resta dúvida, portanto, de que não se verifica, in casu, a prescrição administrativa da penalidade aplicada ao suplicante, por não ter transcorrido, entre o trânsito em julgado do acórdão supramencionado e a instauração do novo processo administrativo, lapso temporal de quatro anos (art. 209, III, § 2º, da Lei n. 6.123/68).* 3. *O acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 12.634-0, anteriormente impetrado pelo suplicante, não versou sobre o mérito debatido no primeiro inquérito disciplinar, instaurado pela Portaria n. 1.591, eis que apenas decretou a nulidade do referido processo administrativo, por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, não resta configurada a aludida ofensa à coisa julgada.* 4. *Os documentos acostados foram inequívocos ao atestarem que o direito de defesa foi exercido em sua plenitude.* Diante desse quadro, toda a argumentação do impetrante não merece guarida, porque apurada a sua conduta no inquérito administrativo com observância rigorosa do devido processo legal. 5. *Segurança denegada* (fl. 313e do Apenso 2).

Opostos Embargos de Declaração (fls. 2/4e), pelo ora recorrente, foram eles rejeitados (fls. 12/20e), daí a interposição do presente Recurso Ordinário.

Inicialmente, verifica-se que o acórdão recorrido apreciou, de modo coerente e suficiente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

Com efeito, a Lei Estadual 6.123/68, que instituiu o Estatuto dos Funcionários Públicos de Pernambuco, no que interessa, estabelece que:

Art. 204 - A demissão será aplicada nos casos de:

(...)

II - abandono de cargo;

(...)

XIV - sessenta dias de falta ao serviço, em período de doze meses, sem causa justificada, desde que não configure abandono de cargo.

Parágrafo Único - Considera-se abandono de cargo a ausência ao serviço sem justa causa, por mais de trinta dias consecutivos.

(...)

Art. 207 - *Será cassada a aposentadoria* ou a disponibilidade nos seguintes casos;

I - *falta punível com a pena de demissão, quando praticada ainda no exercício do cargo ou função;*

(...)

Art. 209 - Prescreverão:

(...)

III - *em quatro anos*, as faltas sujeitas às penas de destituição de função, demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

§ 1º - A falta também prevista como crime prescreverá juntamente com este.

§ 2º - *O curso da prescrição começa a fluir da data do fato punível disciplinarmente e se interrompe pelo ato que determinar a instauração do inquérito administrativo.*

(...)

Art. 220. O inquérito deverá estar concluído, e decidido, no prazo de noventa dias, a contar da publicação do ato ou portaria de designação da comissão, prorrogável por quinze dias, em caso de força maior

Nota: Caput do artigo alterado pelo art. 1º da Lei Complementar n. 47, de 23/01/2003. Redação anterior: "Art. 220 - O inquérito deverá estar concluído no prazo de noventa dias, a contar da data da publicação, no órgão oficial, do ato ou portaria de designação da comissão, prorrogável por trinta dias, nos casos de força maior".

Parágrafo Único - A prorrogação do prazo previsto neste artigo será autorizada pela mesma autoridade que houver determinado a instauração do inquérito e por solicitação fundamentada do presidente da respectiva comissão.

Art. 221 - Se, nos prazos estabelecidos no artigo anterior, não for concluído o inquérito, considerar-se-á automaticamente, dissolvida a comissão, devendo a autoridade proceder a nova designação na forma do artigo 219.

Observa-se, pela leitura dos dispositivos da legislação estadual, que, de fato, não obstante a aposentadoria do impetrante após a impetração do presente *mandamus*, persiste o seu interesse no julgamento do feito, ante a possibilidade de cassação da aposentadoria do servidor, em caso de "falta punível com a pena de demissão, quando praticada ainda no exercício do cargo ou função", nos termos do art. 207, I, da Lei Estadual 6.123/68.

Como visto, no caso, o impetrante teve contra si instaurado um primeiro Processo Administrativo Disciplinar pela Portaria 1.591, de 07/03/91, em face

do art. 204, *XIV*, da Lei Estadual 6.123/68 (pena de demissão por “sessenta dias de falta ao serviço, em período de doze meses, sem causa justificada, desde que não configure abandono de cargo”), cujo último fato a ele imputado ocorrera em dezembro de 1990 (fl. 137e do Apenso 2), o que redundou na pena de demissão, aplicada pela autoridade impetrada, com fundamento no art. 204, *II*, da Lei Estadual 6.123/68 (pena de demissão por abandono de cargo), pelo Ato 1.899, de 28/05/92 (fl. 71e do Apenso 2).

Em seguida, *Evanildo Maia de Sant’ana* impetrou o primeiro Mandado de Segurança, de n. 12.364-0, em 28/07/92, cuja segurança foi concedida, para *anular* o referido processo administrativo disciplinar, ante a alegação de cerceamento de defesa na fase de oitiva de testemunhas, tendo o acórdão transitado em julgado em 09/10/97.

Registre-se que, no primeiro Mandado de Segurança 12.364-0, que fora concedido pelo TJ/PE, o pedido formulado pelo impetrante consistia na “1.1 (...) *concessão da segurança*, buscada por este *mandamus*, o ato ilegal, inconstitucional e indevido de demissão do impetrante, *sendo declarado nulo, assim como o respectivo inquérito administrativo nas conclusões errôneas do qual se fundou como evidentemente, ambos são nulos*, determinada sendo a reintegração definitiva do impetrante ao serviço, cargo, função e lotação escolar, com efeitos *ex tunc* a data do ato malsinado, confirmando-se a liminar” (fls. 144e e 181e do Apenso 2).

As informações da autoridade impetrada e o julgado ora recorrido reconhecem que o acórdão proferido no aludido MS 12.364-0 anulou *totalmente* o primeiro processo administrativo disciplinar.

Como visto, *não houve qualquer medida liminar, no posterior MS 12.364-0*, que suspendesse os efeitos da Portaria 1.899, de 28/05/92, de molde a *impedir* a Administração de executar o ato de demissão do impetrante, ou, ainda, de *revisar* os seus próprios atos, imputados pelo impetrante como nulos, naquele *mandamus*, por cerceamento do direito de defesa, no primeiro PAD.

Com efeito, diversamente, na forma da jurisprudência do STJ – no julgamento de pretensão mandamental na qual se postulava a decretação da prescrição de pena disciplinar cujo cumprimento fora impedido por força de liminares diferentes em três Mandados de Segurança –, decidiu-se que “(...) ‘Não ocorre a prescrição quando o exercício do direito fica inviabilizado *pela existência de liminar ou tutela antecipada que veda tal exercício*, de modo que os prazos ficam interrompidos enquanto não decidida em definitivo a lide

e revogado o óbice judicial' (AgRg no REsp 1.537.976/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 25/8/2015)" (STJ, AgRg no RMS 48.667/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 20/05/2016).

No caso, impetrado o primeiro Mandado de Segurança (MS 12.364-0) em 28/07/92, postulando a modulação da decisão do impetrante, decorrente do primeiro processo administrativo disciplinar (fl. 69e), a liminar foi expressamente indeferida (fl. 70e do Apenso 1).

Posteriormente, o primeiro processo administrativo disciplinar, decorrente da Portaria 1.591, de 07/03/91, foi anulado, no julgamento do mérito do primeiro MS 12.364-0.

Com o trânsito em julgado em 09/10/97, do acórdão que reconheceu a nulidade do primeiro processo administrativo disciplinar, no primeiro MS 12.364-0, foi instaurado *novo* Processo Administrativo Disciplinar em desfavor do impetrante, pela Portaria SEE 3.295, de 01/06/98 (DO/PE de 04/06/98), com aproveitamento, entretanto, dos atos praticados pela Comissão Processante anterior (fl. 44e do Apenso 1), o que levou novamente à sua demissão, com fundamento no art. 204, II, da Lei Estadual 6.123/68, por meio do Ato 5.008, de 06/11/98 (DO/PE de 07/11/98, fl. 139e do Apenso 2), ora apontado como coator.

Anote-se, por oportuno, como visto acima, que o deferimento da liminar, com a reintegração do servidor, ora recorrente, deu-se apenas em 26/05/99, *nos presentes autos* (fls. 221/223e do Apenso 2), sendo certo que a última infração ocorrera em 31/12/90 e o primeiro PAD, instaurado em 07/03/91, já fora anulado, não produzindo efeitos, na forma da jurisprudência do STJ, cumprindo destacar que, na espécie, o prazo prescricional da pretensão punitiva é de quatro anos (art. 209, III, da Lei Estadual 6.123/68).

Reitere-se que, nos termos do art. 209, III e § 2º, da Lei Estadual 6.123/68, a prescrição para a Administração estadual punir o servidor com pena de demissão é de quatro anos e "*começa a fluir da data do fato punível disciplinarmente e se interrompe pelo ato que determinar a instauração do inquérito administrativo*".

Em regra, os prazos prescricionais iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o *primeiro ato de instauração válido* e voltam a fluir por inteiro, após decorrido o prazo legal para conclusão do processo administrativo disciplinar, o que, na esfera federal, encontra-se sedimentado na

Súmula 635/STJ, que assim dispõe: “Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração *válido* – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção”.

Como se registrou, o primeiro processo administrativo disciplinar, decorrente da Portaria 1.591, de 07/03/91, foi *totalmente invalidado* no julgamento de mérito do processo MS 12.364-0, tanto é assim que foi necessária *nova instauração do Processo Administrativo Disciplinar, por meio da Portaria SEE 3.295, de 01/06/98 (DO/PE de 04/06/98)*, com novo depoimento do servidor e nova oitiva de testemunhas (fls. 134/137e do Apenso 2 - Relatório da Comissão processante).

Como assinalado, a prescrição punitiva da Administração, no caso, rege-se pela legislação estadual específica, a saber, a Lei Estadual 6.123/68, a qual dispõe que “o curso da prescrição começa a fluir da data do fato punível disciplinarmente e se *interrompe* pelo ato que determinar a instauração do inquérito administrativo” (causa interruptiva da prescrição administrativa estatal).

No entanto, serviu de fundamento do acórdão ora recorrido, para considerar interrompido o lapso administrativo prescricional com a impetração do mandado de segurança anterior (MS 12.364-0), o que estabeleciam os arts. 172, I, do Código Civil anterior, e 219, também do Código de Processo Civil anterior – vigentes à época da impetração –, *in verbis*:

Art. 172. A prescrição interrompe-se:

I. Pela citação pessoal feita ao *devedor*, ainda que ordenada por juiz incompetente.

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o *devedor* e interrompe a prescrição.

De fato, consoante apontado pelo acórdão recorrido, *verificada uma das causas interruptivas da prescrição*, nos termos da lei civil, perde-se por completo o tempo decorrido antes desse marco temporal e inicia-se novamente o lapso prescricional, a partir do último termo da demanda ou quando esta findar-se, ficando o tempo anterior inutilizado.

No entanto, a questão que se coloca nos presentes autos não diz respeito à contagem do prazo prescricional, mas *a quem aproveita* a interrupção da prescrição prevista nos dispositivos acima transcritos, no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Ou seja, se a impetração do mandado de segurança pelo servidor já demitido tem o condão ou não de interromper, nos termos dos arts. 172, I, do Código Civil anterior (art. 202, I, do atual Código Civil) e 219 do CPC/73 (art. 240 do CPC/2015), o lapso prescricional para a Administração, esta, sim, que possui, no caso, prazo prescricional de quatro anos para aplicar a pena de demissão, contado da data do fato punível disciplinarmente, interrompido com o *primeiro ato de instauração válido* do processo administrativo disciplinar.

O Direito Civil exige que o devedor cumpra a sua obrigação e permite ao credor valer-se dos meios necessários para ver cumprida essa obrigação. No entanto, a lei estabelece um prazo para que o credor exerça o direito de ver cumprida a obrigação. A prescrição, em princípio, diz respeito ao credor, aproveitando, pois, a quem ajuíza a ação.

Nos aludidos dispositivos, que disciplinam, como regra geral, as relações de direito civil – e que subsidiariamente podem ser aplicados ao Direito Administrativo –, o credor, tendo prazo prescricional para exercer o seu direito, ajuíza ação contra o devedor, ficando esse prazo interrompido, resguardando-se, assim, o direito de quem age.

Daí anotar a doutrina, “o titular do direito, o prescribente, é o maior interessado em interromper a prescrição. Geralmente, é ele quem a promove. O representante legal do prescribente pode promover a interrupção. (...) No mais, importa examinar no caso concreto quem possui interesse para promover a interrupção da prescrição. Em princípio, interrupção efetivada por quem não tenha interesse ou legitimação será ineficaz” (*in* “Direito Civil”, Silvio de Salvo Venosa, 4ª edição, Atlas, p. 657).

Em outra situação, confira-se o entendimento do STJ na interpretação do art. 172, I, do Código Civil de 1916: “a citação do sujeito passivo (art. 172, I) é conseqüência lógica do ajuizamento da demanda e, por conseguinte, da quebra da inércia do prescribente, de modo que o lapso da interrupção persiste até que se ultime o processo, o que se dá com o trânsito em julgado da decisão (art. 173, parte final), uma vez que, até esse momento, a demanda permanece viva e o titular se conserva em atividade. No caso concreto, conquanto o reconhecimento do direito do sujeito ativo pela ré tenha-se dado mediante a instauração de

processo judicial para habilitação de crédito na falência, no qual foi reconhecido inequivocamente o direito subjetivo do credor (art. 172, V, do Código Civil de 1916), *é certo que a iniciativa da interrupção prescricional não foi do prescribente, razão pela qual não há que se aguardar até o final deste processo para que se reinicie o curso da prescrição, uma vez que a inércia do titular do direito permanece*” (STJ, REsp 1.162.050/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 04/06/2013).

Ademais, tratando do novo Código Civil, proclamou esta Corte que “*a ratio essendi do art. 202, I, do CC/02 é favorecer o autor que já não mais se encontra na inércia pela proteção de seu direito*” (STJ, REsp 1.893.497/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 19/08/2021).

De outro modo, em relação ao art. 219 do CPC/73, há julgado da Segunda Turma do STJ que decidiu pela *especialidade* das normas administrativas, em detrimento da regra geral da lei adjetiva civil, quando afirmou que “as disposições da Lei 8.429/92 relativas à prescrição tem natureza administrativo-disciplinar, com natureza especial em relação às disposições do Código de Processo Civil (art. 219), de natureza geral, não se operando entre elas qualquer tipo de revogação ou modificação, conforme determina o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil” (STJ, REsp 689.910/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 06/03/2006).

Examinando o caso concreto, verifica-se que *quem agiu foi o servidor*, mediante a impetração de mandado de segurança, com a finalidade de anular o processo administrativo disciplinar anterior, e quem tinha prazo para exercer o direito de punir era a Administração, que sofreria os efeitos de eventual decisão, no processo em que figura o impetrado, no polo passivo.

Conquanto, em relações de direito civil, a jurisprudência admita, em situações específicas, a interrupção da prescrição mesmo quando proposta a demanda pelo *devedor* – como em ações anulatórias ou sustação de protesto (*in* “Código Civil e legislação civil em vigor”, NEGRÃO, 34ª edição, p. 140) –, em tema de processo administrativo disciplinar, com legislação específica, na linha do entendimento do STJ, consoante se verifica das ementas abaixo transcritas, não há que se falar em interrupção do prazo prescricional para a Administração, com a impetração de mandado de segurança pelo servidor.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, *havendo anulação de anterior processo administrativo disciplinar – apesar da possibilidade do uso de suas provas –, a anulação determina a exclusão do mundo jurídico do ato viciado, pelo*

que o prazo prescricional da pretensão punitiva volta a ser contado da ciência, pela Administração, da prática do suposto ilícito administrativo.

A propósito:

Administrativo. Processual Civil. Disciplinar. Demissão. Ministro de Estado da Previdência Social. Alegação de prescrição. *Processos anteriores anulados. Desinfluyente para o cômputo de prazos.* Precedente. Termo *ad quem*. Ciência dos fatos. Interrupção pela instauração. Ausência de prescrição no caso concreto. Direito líquido e certo. Inexistência.

1. Mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular a aplicação de pena de demissão emanada do Ministro de Estado da Previdência Social pela alegação de haver prescrição no caso concreto. A portaria demissional foi publicada em 17.10.2012 (fl. 209).

2. Não há falar em prescrição, uma vez que a ciência dos fatos ocorreu em 29.12.2005 (fl. 3.339), após a produção de um relatório consolidado de auditoria (fls. 3.272-3.338), que localizou diversas irregularidades, na concessão de uma ampla, de quantidade de benefícios previdenciários (fls. 234-2894).

3. *A anulação de processos disciplinares exclui tais feitos do mundo jurídico e, apesar da possibilidade de uso de suas provas, não há falar em nenhuma alteração em relação à contagem de prazos.* Precedente: AgRg no MS 13.242/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 26.8.2008.

4. “Na linha da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de cento e quarenta dias o prazo estabelecido pela Lei n. 8.112/1990 para o término do processo administrativo disciplinar nela previsto. É igualmente firme a orientação segundo a qual o prazo prescricional, que se interrompe com a instauração do processo disciplinar, tem a sua contagem retomada, por inteiro, após decorridos cento e quarenta dias do início do processo” (MS 15.095/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 17.9.2012).

5. No caso concreto, a data de ciência ocorreu em 29.12.2005 (fl. 3.339), tendo havido, em 5.7.2010, a instauração do processo disciplinar (fl. 25), acarretando a interrupção do prazo e o seu reinício acrescido de 140 (cento e quarenta) dias. Como a pena de demissão foi aplicada em 17.10.2012, resta evidente a ausência de prescrição da pretensão punitiva.

Segurança denegada (STJ, MS 19.755/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 03/09/2015).

Administrativo. Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Válida a proclamação do resultado de julgamento da sessão do dia 5/5/2006. Proposta de voto. Não lavratura de acórdão. Omissão verificada. Conhecimento da matéria impugnada. Necessidade. Prescrição da pretensão punitiva administrativa. Sentença penal absolutória. Aplicação do prazo prescricional do art. 271, II,

do Estatuto da Polícia Civil - Lei Complementar n. 14/82. *Nulidade do processo administrativo disciplinar. Perda da eficácia dos atos administrativos a ele vinculados. Termo inicial contado da ciência dos fatos. Ultrapassado o prazo de 5 anos. Prescrição reconhecida. Segurança concedida. Reintegração ao cargo de Delegado da Polícia Civil do Estado. Efeitos financeiros. Súmulas n. 269 e n. 271 do Supremo Tribunal Federal. Embargos acolhidos com efeitos infringentes.*

1. O acórdão embargado deu parcial provimento ao recurso em mandado de segurança, com a parcial concessão da mesma, para declarar a nulidade do julgamento proferido em 21/7/2006 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no Mandado de Segurança n. 180.455-1, reconhecendo como válida a proclamação do resultado de julgamento proferido em 5/5/2006.

2. Quando da sessão de julgamento do dia 5/5/2006, o Desembargador Presidente proclamou o resultado pela parcial concessão da segurança, tendo sido designado para a lavratura do acórdão o Desembargador Ruy Fernando de Oliveira. A proposta de voto do referido Desembargador, que à ocasião ficou vencida, expressamente acolheu a tese de nulidade do processo administrativo disciplinar por cerceamento de defesa. Registre-se que não foi lavrado o acórdão nos termos do que restou definido naquela sessão, por esse motivo não foram elucidados os efeitos do julgado.

3. Destarte, faz-se necessário o exame dos demais pontos elencados nas razões do recurso ordinário, considerando a particularidade da via processual escolhida, que devolve o conhecimento das matérias impugnadas ao Tribunal *ad quem*. Registre-se que todo o conteúdo arguido naquela peça processual foi objeto de análise pela Corte originária.

4. Na linha da jurisprudência que atualmente predomina no Superior Tribunal de Justiça, não há espaço para a aplicação dos prazos prescricionais previstos na legislação penal diante da absolvição do réu, ante a ausência de parâmetro da lei penal para regular o prazo extintivo da ação estatal.

5. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou no sentido de que, "*havendo anulação de anterior processo disciplinar, porque sua declaração determina a exclusão do mundo jurídico do ato viciado, o prazo prescricional da pretensão punitiva volta a ser contado da ciência, pela Administração, da prática do suposto ilícito administrativo*" (MS n. 12.994/DF, relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 14/11/2008).

6. *In casu*, considerando que em 17 de agosto de 1999 houve o conhecimento dos fatos por parte da Administração Pública, não há dúvida de que o prazo prescricional de 5 anos, previsto no art. 271, II, do Estatuto da Polícia Civil - Lei Complementar n 14/82, já se expirou, razão pela qual o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva administrativa é medida que se impõe. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes. Recurso provido e segurança concedida para determinar a reintegração do impetrante ao cargo de Delegado de Polícia Civil da Secretaria do Estado do Paraná, com efeitos funcionais desde

a data do ato demissório e financeiros limitados ao momento da impetração, consoante o enunciado das Súmulas n. 269 e n. 271 do STF (STJ, EDcl no RMS 24.312/PR, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe de 16/03/2015).

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público federal. Pena de demissão. Prescrição da pretensão punitiva do estado. Art. 142 da Lei 8.112/90. Sindicância. Interrupção do prazo prescricional. Não ocorrência. Processos disciplinares anteriores nulos.

1. É cabível a interrupção da prescrição, em face da instauração de sindicância, somente quando este procedimento sumário tiver caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de um processo disciplinar, pois, neste caso, dar-se-á a interrupção somente com a instauração do processo administrativo disciplinar, apto a culminar na aplicação de uma penalidade ao servidor.

2. A Terceira Seção desta Corte tem entendimento no sentido de que *o anterior processo administrativo disciplinar declarado nulo, por importar em sua exclusão do mundo jurídico e consequente perda de eficácia de todos os seus atos, não tem o condão de interromper o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, que deverá ter como termo inicial, portanto, a data em a Administração tomou ciência dos fatos.*

3. Transcorridos mais de 5 anos entre a data que a Administração tomou ciência da última irregularidade supostamente praticada pelo servidor e a data de instauração do processo administrativo que culminou na sua demissão, primeiro marco interruptivo prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão ao impetrante.

4. Segurança concedida (STJ, MS 13.703/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 07/04/2010).

Mandado de segurança preventivo. Interregno superior a cinco anos entre o conhecimento dos fatos pela Administração e a instauração de processo administrativo disciplinar válido. Prescrição da pretensão sancionatória. *Processo disciplinar anterior desprovido de efeitos em razão da declaração de sua nulidade. Não interrupção do prazo prescricional. Ordem concedida.*

1. *O poder-dever de a Administração punir a falta cometida por seus Funcionários não se desenvolve ou efetiva de modo absoluto, de sorte que encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, uma vez que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder disciplinar do Estado, além de que o acentuado lapso temporal transcorrido entre o cometimento da falta disciplinar e a aplicação da respectiva sanção esvazia a razão de ser da responsabilização do Servidor supostamente transgressor.*

2. O art. 142 da Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União) funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, instituindo o princípio da inevitável prescritibilidade das sanções disciplinares, prevendo o prazo de cinco anos para o Poder Público exercer seu *jus puniendi* na seara administrativa.

3. Reluz no plano do Direito que *a anulação do Processo Administrativo implica na perda da eficácia de todos os seus atos, e no desaparecimento de seus efeitos do mundo jurídico, o que resulta na inexistência do marco interruptivo do prazo prescricional* (art. 142, § 3º. da Lei 8.112/90), *que terá como termo inicial, portanto, a data em que a Administração tomou conhecimento dos fatos.*

4. Transcorridos mais de cinco anos entre o conhecimento da existência de falta pela autoridade competente e a instauração do segundo Processo Administrativo Disciplinar (que declarou a nulidade do primeiro), deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

5. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial (STJ, MS 13.242/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe de 19/12/2008).

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Policial Rodoviário Federal. Pena de cassação de aposentadoria. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência. Art. 142 da Lei 8.112/90. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.

1. *O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, havendo anulação de anterior processo disciplinar, porque sua declaração determina a exclusão do mundo jurídico do ato viciado, o prazo prescricional da pretensão punitiva volta a ser contado da ciência, pela Administração, da prática do suposto ilícito administrativo.*

2. Hipótese em que a Administração teve ciência das supostas irregularidades funcionais em 4/7/00. Abriu 2 (dois) processos administrativos disciplinares, em 2001 e 2004, que remanesceram anulados. No entanto, instaurou aquele que culminou na aplicação da pena de cassação de aposentadoria do impetrante por meio de portaria publicada em 8/5/06, quando já havia transcorrido integralmente o prazo de 5 (cinco) anos, segundo o art. 142 da Lei 8.112/90.

3. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado (STJ, MS 12.994/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe de 14/11/2008).

Na esteira desse entendimento, ante a vinculação da Administração ao primado da lei específica, seja para punir, mediante o devido processo legal, seja em relação à prescrição administrativa, não pode ela – que agiu, antes, com atos eivados de nulidade, no primeiro processo administrativo disciplinar, tal como reconhecido judicialmente – beneficiar-se da iniciativa do servidor ao impetrar mandado de segurança, com a reabertura do prazo prescricional para puni-lo, após a solução da demanda que reconheceu a ilegalidade cometida.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou no sentido de que “a pena imposta ao servidor regula a prescrição. A *anulação do processo administrativo original* fixa como termo inicial do prazo a data em que o fato se tornou conhecido e, como termo final, a data de instauração do processo válido” (STF, RMS 24.129, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 30/04/2012).

Dessa forma, contado o termo inicial do prazo prescricional na data em que a autoridade tomou conhecimento do abandono do cargo, ocorrido até dezembro de 1990, por meio do Ofício 05, de 30/01/91 (fl. 46e do Apenso 2 - Relatório da 1ª Comissão processante), verifica-se que a Administração extrapolou o prazo máximo legal de 04 (quatro) anos para aplicação da pena de demissão, previsto no art. 209, III, da Lei Estadual 6.123/68.

De fato, excluído do mundo jurídico o primeiro processo administrativo disciplinar e tendo sido instaurado o segundo processo administrativo tão somente pela Portaria SEE 3.295, de 01/06/98 (DO/PE de 04/06/98), imposta a nova pena de demissão pelo Ato 5.008, de 06/11/98 (DO/PE de 07/11/98), resta prescrita a pretensão punitiva administrativa.

Por fim, acolhida a alegada prescrição punitiva da Administração, no caso, resta, em consequência, prejudicada a apreciação das alegações de ofensa à coisa julgada e de cerceamento de defesa, bem como da invocada aplicação da teoria do fato consumado.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Ordinário, para conceder a segurança pleiteada, a fim de anular o ato de 06/11/98, que demitiu o recorrente, pela segunda vez, do cargo de Professor do Estado de Pernambuco, ante a ocorrência de prescrição administrativa, ratificando a liminar anteriormente concedida, no presente *writ*, que determinara a sua reintegração, com efeitos financeiros a partir de imputação do *mandamus*.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 69.678-BA
(2022/0279652- 3)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Gabriela Santana Bispo

Advogado: Regina das Candeias da Divina Providência Rigaud Pedrão -
BA027640

Recorrido: Estado da Bahia

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Substituição em serventia cartorária vaga. Inviabilidade. Investidura prévia nula. Cumulação incompatível de cargos públicos.

1. O substituto mais antigo da serventia cartorária não tem direito de substituir o titular, na hipótese de vacância, se esta ocorreu ante o reconhecimento da nulidade da investidura de que decorre ainda a nulidade da própria designação do funcionário mais antigo.

2. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 2.5.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Gabriela Santana Bispo interpõe recurso ordinário com fundamento no art. 105, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ementado assim:

Mandado de segurança. Direito Administrativo. Direito líquido e certo não evidenciado. Nomeação de serventia interina.

O mandado de segurança é ação de natureza constitucional que exige a demonstração da ofensa a direito líquido e certo, em face de ato lesivo praticado pela autoridade impetrada, nos termos do art. 1º da Lei 1.533/1951.

Na hipótese sob exame sobressai que a pretensão instrumental visa a proteção de um direito que não é nem líquido nem certo, em razão da autonomia administrativa na gestão de serviço público e discricionariedade administrativa na titularização do responsável.

Poder discricionário da Administração.

A Corregedoria, em atenção aos princípios que regem o Direito Administrativo, invalidou os atos públicos praticados pelo Delegatário que cumulou funções indevidamente, desfazendo os efeitos daqueles praticados no âmbito privado.

Assim considerando que o Bel Gierck Guimarães Medeiros renunciou a Delegação, não se mantém a sua atividade, o que afasta a legitimidade da nomeação do seu substituto de forma interina.

Impõe-se reconhecer a inexistência de direito líquido e certo da Impetrante, na medida em que a designação de interinos para as serventias vagas é ser realizada atendendo a critérios objetivos e a critério de conveniência e oportunidade das Corregedorias da Justiça.

Denegação da segurança.

Trata-se de pretensão mandamental voltada contra ato administrativo que teria preterido o direito da ora recorrente de assumir a titularidade da serventia cartorária do 1º Ofício de Registro Civil de Títulos, Documentos e Pessoas Jurídicas de Salvador, arguindo a ofensa aos arts. 20, § 5º, e 39, § 2º, da Lei n. 8.935/1994, e ao art. 2º do Provimento 77 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O Tribunal “a quo” denegou a ordem ao considerar que o então titular do cartório somente havido sido investido por força de decisão liminar a qual veio a ser revogada uma vez caracterizada uma situação de inacumulabilidade com o cargo público de procurador do Estado de Roraima.

Em razão disso o então delegatário veio a renunciar à serventia antes mesmo do trânsito em julgado da demanda na qual postulava, também mediante ação mandamental, e sendo assim, tomadas essas premissas o Tribunal da origem negou o direito à ora recorrente ao considerar primeiramente que a sua nomeação como trabalhadora do cartório adviera de ato praticado ilegalmente por quem somente fora investido na função por decisão precária, considerando ainda que a Corregedoria-Geral de Justiça convalidara os atos públicos praticados, mas não os privados, nestes incluída a designação da recorrente.

Além disso o Tribunal concluiu que a norma que regulamenta a substituição do titular incide na hipótese de ausência ou impedimento deste, mas o caso era de vacância na medida em que verificada a impossibilidade de cumulação da titularidade da serventia com o cargo de procurador de estado de uma outra unidade federativa.

Por fim, pontuou que o Provimento Conjunto n. 08/2017 - CGJ/CCI, que regulamenta o disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei Estadual n. 12.352/2011, estabelece critérios de oportunidade e conveniência para a designação do interino.

Em vista disso tudo a ordem foi denegada e daí veio a interposição do recurso ordinário (e-STJ fls. 337/378).

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário, conforme as razões sintetizadas assim (e-STJ fls. 436/443):

Recurso ordinário. Administrativo. Vacância de serventia decorrente de renúncia do delegatário. Pretensão da substituta mais antiga de ser nomeada como delegatária interina até que seja feito novo concurso público. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o substituto mais antigo possui mera expectativa de direito de ser nomeado como interino, uma vez que pode o juízo competente, no exercício de sua discricionariedade, indicar terceira pessoa para tal função. Parecer no sentido do desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Não há proveito no recurso.

A titularidade da delegação do 1º Ofício de Registro Civil de Títulos, Documentos e Pessoas Jurídicas de Salvador, no Estado da Bahia, foi outorgada, em razão de aprovação em concurso público, ao candidato Gierck Guimarães Medeiros, que investido nessa função passou a prover os postos da serventia com pessoas de sua confiança e, dentre elas, a ora recorrente.

A designação do delegatário veio a ser declarada nula porque ele era investido concomitantemente no cargo público de procurador do Estado de Roraima, e apesar de ter pedido licença não remunerada deste último esse fato por si não desnaturava a situação de incompatibilidade absoluta entre o cargo público e a delegação cartorária.

De início essa investidura dele na serventia foi obstada por ato administrativo do Poder Judiciário baiano, mas isso deu azo à impetração de uma outra ação mandamental no curso da qual foi deferida medida liminar que lhe possibilitou, portanto, precariamente ficar à frente do cartório, e foi nesse período que praticou atos tipicamente “cartorários” como também atos de cunho privado relacionados ao funcionamento do cartório tais como os necessários à manutenção da sede e os de contratação de pessoal.

A contratação da ora recorrente deu-se nesse período, que perdurou de 04.04.2017 até 12.09.2018, quando o Tribunal revogou a liminar e denegou o mandado de segurança, e em seguida a isso, antes mesmo do trânsito em julgado, o próprio delegatário veio a renunciar a delegação.

A controvérsia surge quando, com a vacância da serventia, a administração do Poder Judiciário local, por intermédio da sua Corregedoria-Geral, deixa de indicar a recorrente como substituta da delegação por ser supostamente a mais antiga (e-STJ fls. 31/32):

Contudo, no que diz respeito à designação da Dra. Gabriela Santana Bispo, como interina designada pela serventia vaga, não é a melhor providência, tendo em vista que a assunção da serventia pelo Dr. Gierck Guimarães Medeiros se deu a título precário, e que, apesar de ter encontrado respaldo em decisão judicial, a mesma caducou com o reconhecimento da ilicitude da cumulação dos cargos tal como já pontuado acima. Assim, a Serventia do 1º Ofício de Registro Civil de Títulos, Documentos, e Pessoas Jurídicas da Comarca de Salvador deve ser considerada serventia vaga após as audiências de escolha, e deve ter tratamento idêntico ao que teve todas as demais serventias que ficaram nessa mesma situação após a finalização do concurso, ou seja, deverá ser objeto de Edital de Interinidade nos termos do Provimento Conjunto n. 08/2017. Diante da urgência na designação de um responsável pela serventia em comento, e com vistas a manter o bom e eficiente andamento dos serviços naquela serventia determino que seja designada a Delegatária Cláudia Carvalho da Silva e Souza, Titular do 1º Ofício de Notas da Comarca de Salvador, para responder pela serventia do 1º Ofício de Registro Civil de Títulos, Documentos, e Pessoas Jurídicas da Comarca de Salvador, até que seja ela oferecida em edital. Edite-se a Portaria pertinente. Expeça-se Edital. Cumpra-se. Publique-se. Comunique-se ao Núcleo Extrajudicial para fins de anotação no Quadro de Serventias e no Site da Justiça Aberta. Cientifiquem-se os interessados e o Juiz da Vara de Registros Públicos da Comarca de Salvador, Bel. Gilberto Bahia de Oliveira. Após, archive-se.

Assim, o ato contra o qual foi impetrada a ação mandamental assentou que como a outorga da serventia era nula, a situação seria de “vacância” e sendo

assim a cumulação havia recair sobre um outro delegatário, e não com a suposta substituta mais antiga.

Não é o caso de cogitar-se da aplicação da regra do art. 20, § 5º, da Lei 8.935/1994, porque o seu texto claramente orienta uma hipótese de substituição por ausência temporária tanto assim que a atuação do substituto é condicionada aos “afastamentos” e aos “impedimentos” do titular, a denotar que trata, portanto, de regramento insuscetível de incidência no caso concreto justamente porque a hipótese é de vacância perene:

Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.

[...]

§ 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular.

Quanto ao art. 39, § 2º, da Lei 8.935/1994, parece-me igualmente correto pontuar a sua inaplicabilidade, mas por motivo distinto: a própria outorga da delegação ao candidato foi considerada inviável desde o início pela Administração do Poder Judiciário local, que somente proveu a delegação mediante ordem judicial, ou seja, tratar-se de outorga precária.

Nesse sentido, embora o preceito adequado para regular a temática seja realmente o art. 39, § 2º, da Lei 8.935/1994, o fundamento adotado pelo Tribunal para recusar a sua aplicação parece correto na medida em que se a própria investidura do delegatário era nula de pleno direito dada a situação de incompatibilidade de cargos, então o que adviera dela igualmente padecia do mesmo defeito.

Dessa forma, é correto concluir que se a outorga era ilegal desde o início, e que isso foi reconhecido por decisão definitiva que veio inclusive a forçar o delegatário à “renúncia” da serventia, o fato de a recorrente ter sido designada substituta não lhe confere direito porque essa própria designação fora considerada nula por derivação da nulidade da outorga.

No caso, pesa considerar ainda que o Tribunal fez ressaltar que enquanto investido precariamente na outorga o delegatário praticara atos de direito público e de direito privado, mas a convalidação permitida pelo art. 55 da Lei 9.784/1999 alcançara apenas aqueles:

Diante da renúncia, este Órgão Censor não designou como delegatária interina, a Bela. Gabriela Santana Bispo, Substituta mais antiga, visto que a sua designação decorreu de ato de Delegatário que teve o seu exercício considerado irregular.

Diante de tais fatos, este Órgão Censor reconheceu não ser possível à Impetrante designada pelo Delegatário, ser a substituta para responder pela Serventia nas suas ausências e impedimentos, a prerrogativa prevista no artigo 39 § 2º, da Lei 8.935/94, que assegura ao substituto mais antigo, quando da respectiva vacância, a designação para responder provisoriamente pelo expediente vago.

Destarte, visando a proteção dos atos de boa-fé, todos os atos Registrais e tão somente estes praticados pelo Delegatário e seus prepostos foram convalidados, evitando-se prejuízos a terceiros ou lesão ao interesse público, não abarcando as designações para cargo de confiança, como no caso em apreço.

Enfim, como se pode verificar dos fundamentos colacionados à presente informação, não houve nenhuma ilegalidade no ato apontado como coator.

A Corregedoria, em atenção aos princípios que regem o Direito Administrativo, convalidou os atos públicos praticados pelo Delegatário que cumulou funções indevidamente, desfazendo os efeitos daqueles praticados no âmbito privado.

Como regra geral, os atos eivados de algum defeito devem ser anulados. A convalidação, que é o suprimento da invalidade, é ato praticado pela Administração Pública, com efeito retroativo.

Exarado o ato, são supridos os seus defeitos e resguardado os efeitos por ele produzidos. Neste sentido, a Lei Federal n. 9.784/99, em seu art. 55, previu a possibilidade da aplicação do instituto da convalidação do ato administrativo: [...]

Assim, a postura adotada pela Corregedoria-Geral é correta e inviabiliza o pleito mandamental.

Forte nisso *nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.*

Sem honorários recursais, tendo em vista o disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009 (*RMS 51.721/ES*, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 525.625-RS (2003/0029552-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: José Guilherme Kliemann e outro(s) - RS029223
Recorrido: Mario de Boni e Companhia Ltda
Advogado: Antoninha de Oliveira Balsemão - RS0035456

EMENTA

Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS. Base de cálculo pelo valor efetivo da operação. Restituição da diferença. Juízo de retratação. Art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015).

I - O feito decorre de ação promovida por concessionária de veículos objetivando o ressarcimento da diferença entre o valor de ICMS recolhido mediante uma base de cálculo pré-fixada, e o valor da venda realizada a menor, no regime de arrecadação por substituição tributária.

II - O recurso especial foi provido, com a orientação decorrente do julgamento proferido na ADI 1.851-4/AL, no sentido de que o contribuinte não pode requerer a repetição/compensação do ICMS pago a maior quando o preço estimado da venda da mercadoria é superior ao valor efetivo da operação.

III - Interposto recurso extraordinário o recurso foi dirigido ao Supremo Tribunal Federal, que determinou sua devolução para os fins do art. 543-B do CPC/1973. Retornando os autos a esta Corte Superior, foi determinado o sobrestamento do recurso extraordinário até o julgamento pelo STF do RE 593.849/MG e, após o julgamento do referido recurso extraordinário, foi determinada a remessa do feito ao órgão colegiado prolator da decisão para exercer o juízo de retratação previsto no art. 1.040 do CPC/2015 (fls. 620-621).

IV - No exercício do juízo de retratação verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849/MG, firmou a tese de que: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

V - Observado que o contribuinte recolhe antecipadamente o tributo, com base em valor presumido quando da aquisição da

mercadoria, na revenda por valor menor que o presumido este mesmo contribuinte arca com a diferença, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN. Precedentes: AgInt no REsp 1.892.901/PR, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, julgado em 15/03/2021, DJe 17/03/2021 e AgRg no REsp 630.966/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, julgado em 03/04/2018, DJe 22/05/2018 e AgInt no REsp 1.927.472/SC, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, julgado em 31/05/2021, DJe 02/06/2021.

VI - Recurso especial improvido. Art. 543-B do CPC/1973 (art. 1.040 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, “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando integralmente o Sr. Ministro-Relator, os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes e Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Francisco Falcão, porém pelos fundamentos do voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin (voto-vista), Og Fernandes e Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2022 (data do julgamento)

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 21.11.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Pública do Estado do Rio Grande do Sul, contra o acórdão abaixo ementado, *in verbis*:

Embargos infringentes. ICMS. Substituição tributária.

Incidindo o ICMS sobre o valor real e efetivo da operação e não sobre valores estimados, presumidos ou arbitrados pelo fisco, tem o contribuinte o direito de utilizar-se do crédito que lhe foi cobrado a maior quando da entrada das mercadorias na sua condição de substituto tributário, porque ônus que não é de seu dever suportar.

Embargos acolhidos, por maioria.

No presente recurso especial a recorrente apontou violação aos arts. 165, 458 e 535, todos do CPC, afirmando, em síntese, incorrer em omissão sobre “questões federais e constitucionais sobre as quais omitiu-se o Órgão julgador”.

Indicou, ainda, a ocorrência de ofensa aos arts. 128, 166 e 170, do CTN, alegando, em resumo, que a restituição pretendida pelo contribuinte somente estaria viabilizada acaso não se realizasse o fato gerador presumido, não se enquadrando nessa hipótese a venda por valor diferente da base de cálculo presumida.

Após o afastamento da violação dos arts. 165, 458 e 535, todos do CPC/1973, observando o relator que o acórdão não continha eivas processuais, o recurso especial foi provido no Superior Tribunal de Justiça, com a orientação decorrente do julgamento proferido na ADI 1.851-4/AL, no sentido de que o contribuinte não pode requerer a repetição/compensação do ICMS pago a maior quando o preço estimado da venda da mercadoria é superior ao valor efetivo da operação.

A ementa do julgado encimado foi assim plasmada:

Recurso especial. Alíneas “a” e “c”. Tributário. ICMS. Substituição tributária. Compensação de valores recolhidos a maior. Impossibilidade. ADIN 1.851-4/AL.

Na assentada de 08 de maio de 2002, entendeu o Supremo Tribunal Federal, à luz do comando do § 7º do artigo 150 da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 03/93, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária para frente apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de “*compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação*” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851-4/AL, Relator Ministro Ilmar Galvão).

Essa orientação tem prevalecido nos sucessivos julgados do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual, na substituição tributária progressiva, não pode o contribuinte requerer a repetição/compensação do ICMS pago a maior quando o preço estimado da venda da mercadoria é superior ao valor efetivo da operação.

Precedentes: AGA 339.112/SP, Relator Min. João Otávio de Noronha, DJU 12/04/2004 e REsp 571.318/MG, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 15/12/2003.

Recurso especial provido.

O recurso extraordinário interposto foi dirigido ao Supremo Tribunal Federal que determinou o retorno dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para os fins do art. 543-B do CPC/1973.

Retornando os autos a esta Corte Superior, foi determinado o sobrestamento do recurso extraordinário até o julgamento pelo STF do RE 593.849/MG e, adiante, após o julgamento do referido recurso extraordinário, a Presidente do STJ, verificando o julgamento do referido representativo da controvérsia, determinou a remessa ao órgão colegiado prolator da decisão para exercer o juízo de retratação previsto no art. 1.040 do CPC/2015 (fls. 620-621).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Mantida a decisão originária no afastamento da apontada violação aos arts. 165, 458 e 535, todos do CPC/1973, tendo em vista a ausência da omissão alegada pelo recorrente.

No mérito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.849/MG, sob a sistemática da repercussão geral (Tema n. 201), firmou a tese de que “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

O julgado acima referido foi assim ementado, *in verbis*:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Substituição tributária progressiva ou para frente. Cláusula de restituição do excesso. Base de cálculo presumida. Base de cálculo real. Restituição da diferença. Art. 150, § 7º, da Constituição da República. Revogação parcial de precedente. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da Superior Tribunal de Justiça igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

5. De acordo com o art. 150, § 7º, *in fine*, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.

6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, § 11, do referido diploma legal, e 22 do Decreto indigitado.

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 593.849, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, DJe 05-04-2017.)

Na esteira do julgamento acima ementado:

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. ICMS. Substituição tributária para frente. Fato gerador presumido. Diferença a menor do tributo devido, em relação ao fato gerador presumido. Direito à restituição. Acórdão do Tribunal de origem em consonância com o atual entendimento firmado pelo STF sobre a matéria, em julgamento realizado sob o regime da repercussão geral. RE 593.849/MG. Juízo de retratação. Art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015). Recurso especial desprovido, em juízo de retratação.

I. Recurso Especial, interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, anteriormente provido, pela Segunda Turma desta Corte, ao fundamento de que “o STF, em 08/05/2002, pelo seu plenário, na ADIN 1.851/AL, relatada pelo Ministro *Ilmar Galvão*, decidiu, ao examinar o § 7º do art. 150 da CF/88, que o mesmo só contempla a restituição na hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido, não havendo que se falar em tributo pago ‘a maior’ ou ‘a menor’, por parte do contribuinte substituído”.

II. O Recurso Especial, interposto pela impetrada, retornou - por determinação da Vice-Presidência do STJ, para julgamento pelo Órgão colegiado, com fundamento no disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015), após a interposição de Recurso Extraordinário, pela impetrante -, para juízo de retratação, em face de julgado do STF, proferido no RE 593.849/MG, em sede de repercussão geral da questão constitucional.

III. Não obstante as razões de decidir constantes do acórdão ora submetido a juízo de retratação, o Plenário do STF, ao julgar, sob o regime da repercussão

geral, o RE 593.849/MG (Rel. Ministro *Edson Fachin*, DJe de 31/03/2017), fixou, em 19/10/2016, a tese de que “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Assim, a atual jurisprudência do STJ realinou o seu posicionamento sobre a matéria, diante do novo entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 593.849/MG, sob a relatoria do Ministro *Edson Fachin* e sob regime de repercussão geral, pelo que o acórdão, proferido pelo Tribunal de origem, encontra-se, no mérito, em sintonia com o novel entendimento do STF e do STJ. Nesse sentido: STJ, EDcl na AR 4.640/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 19/12/2016; AgInt no RE no AgInt no RMS 30.103/GO, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Corte Especial*, DJe de 28/02/2018.

IV. Recurso Especial desprovido, em juízo de retratação, previsto no art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015), quanto à questão de mérito, objeto da repercussão geral, no RE 593.849/MG.

(REsp 418.380/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 19/09/2018)

Quanto à alegada ofensa ao art. 166 do CTN sobre a necessidade de prova do repasse do encargo financeiro pelo contribuinte, verifica-se que na hipótese dos autos o contribuinte recolhe antecipadamente o tributo, com base em valor presumido quando da aquisição da mercadoria. Assim, na revenda por valor menor que o presumido este mesmo contribuinte arca com a diferença, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN.

Neste sentido, confirmam-se:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Fundamento inatacado. Prequestionamento. Ausência. ICMS/ST. Restituição. Venda praticada com preço menor à base de cálculo presumida. Art. 166 do CTN. Inaplicabilidade.

1. Conforme entendimento sedimentado na Súmula 283 do STF, não se conhece de recurso especial quando inexistente impugnação específica a fundamento autônomo adotado pelo órgão judicial *a quo*.

2. Hipótese em que as razões do recurso especial relativas à apontada infringência ao art. 1.022 do CPC/2015 não atacam o fundamento adotado no julgamento dos embargos de declaração de que as questões neles suscitadas configuravam indevida inovação recursal.

3. Há manifesta ausência de prequestionamento, a atrair a aplicação da Súmula 211 do STJ, quando o Tribunal de origem não emite juízo de valor sobre a tese

relacionada ao dispositivo de lei supostamente violado, mesmo após opostos embargos de declaração.

4. “Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN” (AgRg no REsp 630.966/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/05/2018).

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.872.036/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27/09/2021, DJe 07/10/2021)

Processo Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. Mandado de segurança. ICMS. Substituição tributária progressiva. Bases de cálculo presumida e efetivamente realizada. Diferença. Regra de comprovação do encargo financeiro do tributo. Não incidência.

1. Pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que, ocorrido o fato gerador com base de cálculo menor que a presumida em regime de substituição tributária é presumida a imposição direta do tributo, confundindo-se o contribuinte de fato com o contribuinte de direito, em razão da ausência de repercussão do tributo no preço praticado, de modo que inexigível a demonstração da assunção do encargo financeiro do tributo pelo contribuinte de direito. Inteligência do art. 166 do CTN. (AgRg no REsp 1.091.781/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 19/08/2009). Precedentes.

2. No caso dos autos, o recurso foi provido porque a recorrente, substituída tributária, não pretende devolução de ICMS incluído no preço da mercadoria vendida, mas daquele decorrente da diferença entre a base de cálculo efetivamente praticada e a presumida, sendo que esta última, porque não ocorrida, não foi imposta ao consumidor, daí porque não se pode exigir comprovação do não repasse financeiro.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.892.901/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/03/2021, DJe 17/03/2021)

Tributário. Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Ausência de comando normativo em dispositivo legal apto a sustentar a tese recursal. Deficiência de fundamentação. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284/STF. ICMS. Substituição tributária. Revenda de mercadoria por preço menor do que a base de cálculo presumida.

Art. 166 do CTN. Inaplicabilidade. 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 - Revela-se 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.

III - É entendimento pacífico neste Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, na sistemática da substituição tributária para frente, em que o contribuinte substituído revende a mercadoria por preço menor do que a base de cálculo presumida para o recolhimento do tributo, é inaplicável a condição prevista no art. 166 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 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.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.927.472/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 31/05/2021, DJe 02/06/2021)

Ante o exposto, em juízo de retratação, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se, na origem, de Ação Ordinária, ajuizada por *Mário de Boni e Companhia Ltda* em face do *Estado do Rio Grande do Sul*. Alega que, por ser concessionária de veículos, está submetida à técnica de substituição tributária progressiva ou para a frente, na qual ocorre a retenção ou o recolhimento antecipado do ICMS pelo fabricante, como substituto tributário, relativamente às operações que irão ocorrer, no ciclo mercantil, com base de cálculo presumida, cujo valor, posteriormente, não se concretiza, porquanto a venda, ao consumidor final, ocorre com valor inferior,

pelo que faz jus à diferença do ICMS recolhido a maior. Objetiva, com a presente ação: i) sejam declarados “legítimos os créditos disponíveis referentes ao excesso de tributação de ICMS, da diferença da ‘operação ficta’ (compra) com a operação real (venda) resultantes da substituição tributária, não atingidos pelo período prescricional” (fl. 30e); ii) seja autorizada “a transferência desses créditos já levantados em sua conta-fiscal, bem como os obtidos *a posteriori*, em operações mercantis, ao substituto tributário” (fl. 30e); seja condenado “o réu a corrigir monetariamente esses créditos” (fl. 31e).

O Juízo singular julgou improcedentes os pedidos (fls. 175/177e).

O Tribunal de origem, por maioria, desproveu a Apelação do contribuinte (fls. 230/262e), o que ensejou a interposição, por ele, de Embargos Infringentes, acolhidos, a final, pelo Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, em acórdão assim ementado:

Embargos infringentes. ICMS. Substituição tributária.

Incidindo o ICMS sobre o valor real e efetivo da operação e não sobre valores estimados, presumidos ou arbitrados pelo fisco, tem o contribuinte o direito de utilizar-se do crédito que lhe foi cobrado a maior quando da entrada das mercadorias na sua condição de substituto tributário, porque ônus que não é de seu dever suportar.

Embargos acolhidos, por maioria (fl. 314e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo *Estado do Rio Grande do Sul* (fls. 328/332e), foram eles rejeitados (fls. 335/338e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, o *Estado do Rio Grande do Sul* apontou como violados os arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC/73, bem como os arts. 121, II, 128, 166 e 170 do CTN.

Com a subida dos autos, esta Segunda Turma deu provimento ao Recurso Especial do *Estado do Rio Grande do Sul*, em acórdão assim ementado:

Recurso especial. Alíneas “a” e “c”. Tributário. ICMS. Substituição tributária. Compensação de valores recolhidos a maior. Impossibilidade. ADIN 1.851-4/AL.

Na assentada de 08 de maio de 2002, entendeu o Supremo Tribunal Federal, à luz do comando do § 7º do artigo 150 da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 03/93, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária para frente apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de “compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851-4/AL, Relator Ministro Ilmar Galvão).

Essa orientação tem prevalecido nos sucessivos julgados do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual, na substituição tributária progressiva, não pode o contribuinte requerer a repetição/compensação do ICMS pago a maior quando o preço estimado da venda da mercadoria é superior ao valor efetivo da operação.

Precedentes: AGA 339.112/SP, Relator Min. João Otávio de Noronha, DJU 12/04/2004 e REsp 571.318/MG, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 15/12/2003.

Recurso especial provido (fls. 456/457e).

Sobrestado o Recurso Extraordinário do contribuinte, retornam os autos, agora, para juízo de retratação, em decorrência do julgamento, em 19/10/2016, do Recurso Extraordinário 593.849/MG – tema 201 de repercussão geral –, cuja tese restou assim redigida:

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

O Relator, Ministro *Francisco Falcão*, aplicando à espécie a tese fixada pelo STF, sob o regime de repercussão geral, votou pelo improvimento do Recurso Especial do *Estado do Rio Grande do Sul*, presumindo, para fins do art. 166 do CTN, a assunção do encargo financeiro do tributo pelo contribuinte substituído – no caso, a autora –, invocando, para tanto, precedente da 1ª Turma do STJ, no AgRg no REsp 630.966/RS (Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, DJe de 22/05/2018):

Quanto à alegada ofensa ao art. 166 do CTN pela necessidade de prova do encargo financeiro pelo contribuinte, verifica-se que na hipótese dos autos o contribuinte substituído recolhe antecipadamente o tributo, com base em valor presumido quando da aquisição da mercadoria. Assim, na revenda por valor menor que o presumido este mesmo contribuinte arca com a diferença, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN.

No seu voto propõe o Relator a seguinte ementa, que sintetiza, no seu item VI, a questão que remanesceu controvertida, relativa à incidência do art. 166 do CTN, na espécie:

Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS. Base de cálculo pelo valor efetivo da operação. Restituição da diferença. Juízo de retratação. Art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015).

I - O feito decorre de ação promovida por concessionária de veículos objetivando o ressarcimento da diferença entre o valor de ICMS recolhido mediante uma base de cálculo pré-fixada, e o valor da venda realizada a menor, no regime de arrecadação por substituição tributária.

II - O recurso especial foi provido, com a orientação decorrente do julgamento proferido na ADI 1.851-4/AL, no sentido de que o contribuinte não pode requerer a repetição/compensação do ICMS pago a maior quando o preço estimado da venda da mercadoria é superior ao valor efetivo da operação.

III - Interposto recurso extraordinário o recurso foi dirigido ao Supremo Tribunal Federal, que determinou sua devolução para os fins do art. 543-B do CPC/1973. Retornando os autos a esta Corte Superior, foi determinado o sobrestamento do recurso extraordinário até o julgamento pelo STF do RE 593.849/MG e, após o julgamento do referido recurso extraordinário, foi determinada a remessa do feito ao órgão colegiado prolator da decisão para exercer o juízo de retratação previsto no art. 1.040 do CPC/2015 (fls. 620-621).

IV - No exercício do juízo de retratação verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849/MG, firmou a tese de que: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

IV - Observado que o contribuinte substituído recolhe antecipadamente o tributo, com base em valor presumido quando da aquisição da mercadoria, na revenda por valor menor que o presumido este mesmo contribuinte arca com a diferença, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN. Precedente: AgRg no REsp 630.966/RS, Rel. Ministro **Gurgel de Faria, Primeira Turma**, julgado em 03/04/2018, DJe 22/05/2018.

V - Recurso especial improvido. Art. 543-B do CPC/1973 (art. 1.040 do CPC/2015).

Naquela ocasião, pedi vista dos autos, para analisar, com mais detença, a questão atinente à incidência do art. 166 do CTN, no caso dos autos, especialmente em face da existência de precedentes desta Segunda Turma que aplicam, na hipótese dos autos, o art. 166 do CTN.

I - Histórico da controvérsia.

Há muito controverte-se a respeito da possibilidade de restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente, quando a base de cálculo efetiva da operação se revela inferior à presumida.

A princípio, esta Segunda Turma, no julgamento do RMS 9.380/MS, de relatoria do Ministro *Ari Pargendler*, assentou que, após a vigência da Lei Complementar 87/96, o contribuinte substituído – apesar de não integrar a relação jurídico-tributária, consubstanciada exclusivamente entre Fisco e substituído – tem direito, nos termos do art. 10, § 1º, da aludida Lei, ao ressarcimento do ICMS recolhido a maior, em razão da diferença entre a base de cálculo presumida e a efetiva. Eis a ementa do julgado:

Tributário. ICMS. Substituição tributária. Tributo pago a maior, considerando a diferença entre o preço “estimado” e o valor “efetivo” (menor) da operação. Legitimidade do “substituído” para requerer a repetição do indébito ou proceder a respectiva compensação, mas somente a partir da Lei Complementar n. 87, de 1996. Até a Lei Complementar n. 87, de 1996, o “substituído não tinha qualquer relação jurídica com o sujeito ativo da obrigação tributária; depois dela, sem embargo de que não participe da relação tributária, o “substituído” está legitimado a requerer a repetição do indébito do ICMS pago a maior a chamada “substituição para frente” (art. 150, § 7º c/c o art. 10, § 1º, da Lei Complementar n. 87, de 1996) - desautorizada a presunção “juris et de jure” que militava a favor da base de cálculo por “estimativa”, na forma da Lei Complementar n. 44, de 1983. Recurso ordinário provido em parte (STJ, RMS 9.380/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, DJU de 01/03/99).

A Primeira Turma, por outro lado, entendia que a questão sequer poderia ser veiculada em Mandado de Segurança, como costumava acontecer à época, seja porque o remédio constitucional estaria a substituir ação de cobrança, nos termos da Súmula 269 do STF, seja porque a objetivar a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, conforme Súmula 271 do STF. Nesse sentido:

Constitucional. Tributário. Mandado de segurança. Repetição de indébito.

1. O mandado de segurança é via imprópria para deferir pretensão asseguradora à parte impetrante consistente no direito de, mediante autolançamento tributário, ser restituída, pela via de compensação, de ICMS afirmado pago a maior, pelo fato de ter vendido veículo por preço menor do que o da base de cálculo que serviu para o recolhimento do referido imposto, mediante sistema de substituição tributária.

2. O mandado de segurança não é via própria para substituir ação de cobrança e não produz efeitos patrimoniais.

3. O nosso ordenamento jurídico não admite decisão condenatória genérica, especialmente em campo de repetição de indébito.

4. Questão jurídica apresentada pela impetrante que não se limitou, apenas, a pedir declaração a respeito da existência de determinada relação jurídico-tributária.

5. *Acórdão que não apreciou o mérito da impetração. Possibilidade do tema de fundo ser discutido pelas vias ordinárias.*

6. Recurso improvido (STJ, RMS 9.387/MS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJU de 21/09/98).

A fim de superar o dissenso entre as Turmas, o Ministro *Humberto Gomes de Barros* levou a julgamento, na Primeira Seção, o RMS 9.677/MS. Naquela oportunidade, nos termos do voto do Relator, o Colegiado, no mérito, adotou o entendimento da Segunda Turma, deixando de conhecer de duas questões, a saber, a possibilidade de compensação dos créditos anteriores à impetração e a possibilidade de transferência dos créditos ao substituto tributário. Veja-se:

Tenho para mim que os autos não encerram elementos necessários ao exame da compensabilidade dos créditos anteriores. Por isso, deixo de examinar esta pretensão, reservando às impetrantes a possibilidade de discutir a questão em sede apropriada.

Outra pretensão que não merece conhecimento é aquela de efetuar a compensação na escrita das contribuintes substitutas. Eles não integram a relação processual.

No que se refere ao pedido que examinei acima, não tenho dúvida em assegurar às impetrantes o direito à compensação da diferença entre o tributo recolhido a maior com base no valor de pauta, e aquele efetivamente devido, quando a revenda do automóvel se tenha efetivado mediante preço inferior àquele presumido, que serviu como base de cálculo à exação antecipada. Reserva-se ao Fisco o direito de rever a compensação.

O aresto restou assim ementado:

Tributário. ICMS. Substituição tributária. Fato gerador presumido. Venda efetivada mediante preço menor que o valor estabelecido na pauta fiscal. Direito à compensação.

- É lícito ao contribuinte substituído efetuar compensação do tributo recolhido a maior, em adiantamento, pelo substituto, quando à venda geratriz do tributo tenha correspondido preço inferior àquele previsto na pauta fiscal (STJ, RMS 9.677/MS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, DJU de 23/04/2001).

Com isso, a Primeira Turma realinhou sua jurisprudência, para observar o entendimento da Primeira Seção:

Tributário. Substituição tributária. ICMS. Restituição de tributo pago a maior mediante ressarcimento através do substituto tributário. Impossibilidade. LC 87/1996.

- Não havendo qualquer regulamentação sobre a transferência de crédito do contribuinte substituído para o seu fornecedor de mercadoria, não há que se falar em prestação da tutela jurisdicional nesse sentido.

- *A Lei Complementar n. 87/96 regulamenta a forma como se processa o creditamento do valor referente à restituição, não cabendo ao Poder Judiciário adaptar a aplicação da lei à conveniência da parte.*

- Recurso improvido (STJ, RMS 11.858/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJU de 17/09/2001).

Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Tomada de preços. ICMS. Fato gerador presumido. Lançamento. Venda. Valor inferior. Excesso. Pagamento. Creditamento. Restituição. Súmula n. 213/STJ.

1. O substituto tributário tem o direito à restituição/compensação do valor do ICMS pago em face do regime de substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizou.

2. Cabe ao Fisco averiguar, em sede administrativa, a veracidade dos créditos tributários restituídos/compensados pelo contribuinte.

3. *O regime de substituição tributária não autoriza, por ausência de disposição legal, que haja exigência de tributo em valor maior do que o determinante quando da ocorrência do fato imponiblel.*

4. Observando-se que o *mandamus* objetiva a declaração do direito da impetrante à restituição dos valores de ICMS recolhidos a maior, é de ser trazido à tona o verbete sumular n. 213, deste Tribunal, segundo o qual “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”, concluindo-se pela total adequação da via eleita, não se cogitando, por conseguinte, de hipótese de concessão de segurança contra lei em tese.

5. Precedentes do STJ: RMS n. 9.677/MS, RMS n. 11.325/ES, RMS n. 10.425/GO, RMS n. 96.271/MS, REsp n. 265.343/SP, AgReg no MS n. 3.752/MA, entre outros.

6. Recurso provido (STJ, RMS 14.615/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJU de 17/06/2002).

A questão, no entanto, sofreria reviravolta com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 1.851/AL. Na oportunidade, a Suprema Corte assentou a constitucionalidade da cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 que preconizava, em suma, a impossibilidade de restituição ou de cobrança suplementar do ICMS, quando a operação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizasse em valor inferior ou superior ao presumido. Assim restou sintetizado o julgado:

Tributário. ICMS. Substituição tributária. Cláusula Segunda do Convênio 13/97 e §§ 6º e 7º do art. 498 do Dec. n. 35.245/91 (redação do art. 1º do

Dec. n. 37.406/98), do Estado de Alagoas. Alegada ofensa ao § 7º do art. 150 da CF (redação da EC 3/93) e ao direito de petição e de acesso ao Judiciário.

Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2º, inc. 2º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. A EC n. 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente (STF, ADI 1.851/AL, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJU de 13/12/2002).

Diante do entendimento vinculante do STF, veiculado em sede de controle concentrado, o STJ realinhou o posicionamento, para vedar o ressarcimento:

Processo Civil e Tributário. ICMS. Substituição tributária. Pagamento antecipado feito "a maior". Decadência. Prescrição.

1. A Primeira Seção desta Corte reconhecia a viabilidade do mandado de segurança para efeito de declarar como direito do substituto tributário o creditamento do valor pago "a maior", antes da ocorrência do fato gerador.

2. Mudança de entendimento a partir do julgamento da ADIN 1.851/AL, pelo STF que, ao interpretar o § 7º do art. 150 da CF/88, reconheceu só possível a compensação do ICMS, pelo substituído, na hipótese de não-realização do fato gerador.

3. *Entendimento que se estende ao art. 10 da LC 87/96.*

4. Recurso especial provido (STJ, REsp 418.380/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 05/08/2002).

Tributário. Recurso especial. *Substituição tributária progressiva. ICMS. Recolhimento efetivado antecipadamente. Base de cálculo presumida. Valor final de venda inferior ao estabelecido na pauta fiscal. Restituição indevida. Precedente STF. ADIN 1.851-4/AL.*

I - *Em diversos julgados ficou reconhecido o direito do contribuinte à restituição/compensação do imposto recolhido a maior, bastando a comprovação de que está submetido ao regime de substituição tributária e que efetuou a venda por preço inferior ao preço previsto na pauta fiscal.*

II - *Não obstante esta constatação, verifico que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, in D.J.U, de 15/05/2002, ao analisar, na ADIN 1.851-4/AL, a cláusula segunda do convênio ICMS 13/97, declarou sua constitucionalidade, afastando a liminar que suspendia a eficácia do regramento legal em tela.*

III - *Naquele julgado o Pretório Excelso entendeu não importar que o tributo tenha sido recolhido a maior ou a menor em face do preço pago pelo consumidor final do produto, porquanto, se a base de cálculo é previamente definida em Lei, não restaria nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade.*

IV - *Nesse panorama, passo a adotar a tese do Supremo Tribunal Federal, pela vedação da restituição do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, realizar-se com valor inferior ao recolhido antecipadamente em face de base de cálculo presumida.*

V - *Submissão ao entendimento jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal em homenagem à função uniformizadora que tal decisão implica aos Tribunais pátrios. (ADIN 1.851-4/AL).*

VI - Recurso especial provido (STJ, REsp 270.612/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJU de 16/09/2002).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. ICMS. *Regime de substituição tributária. Fato gerador presumido. Recolhimento a maior do tributo. Valor de venda menor. Impossibilidade de restituição. Entendimento firmado pelo STF. ADI 1.851/AL. Não-aplicação do art. 165, II, do CTN. Recurso desprovido.*

1. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851/AL (Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), entendeu que o contribuinte somente teria direito à restituição do imposto pago no caso de a venda presumida não se realizar, atribuindo ao fato gerador presumido a característica de definitivo, e não de provisório.*

2. *Adotando essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça alterou o entendimento anteriormente firmado, para declarar a impossibilidade de restituição de eventuais*

excessos decorrentes da venda realizada por preço inferior ao da base de cálculo presumida.

3. *Na hipótese dos autos, trata-se de recolhimento a maior de ICMS no regime de substituição tributária, e não de erro na base de cálculo do tributo, inexistindo, assim, o direito à restituição. Com efeito, o fato gerador presumido é definitivo, não havendo falar, portanto, em erro na base de cálculo a legitimar a repetição nos termos do art. 165, II, do Código Tributário Nacional.*

4. Recurso ordinário desprovido (STJ, RMS 21.881/GO, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 17/12/2008).

Processual Civil e Tributário. *ICMS-ST. Legislação estadual. Súmula 280/STF. Restituição. Valor menor da operação. Impossibilidade.*

1. O Tribunal de origem analisou detidamente a legislação local e afirmou peremptoriamente que ela prevê critérios para a definição da margem de valor agregado e, portanto, da base de cálculo do ICMS-ST. Inviável a revisão do entendimento em Recurso Especial nos termos da Súmula 280/STF.

2. *O art. 10 da LC 87/1996, que reproduz o art. 150, § 7º da CF, não contempla a hipótese de ressarcimento do ICMS se o fato gerador futuro ocorrer com base de cálculo menor que a presumida, de modo que inexistente indébito tributário. Precedentes do STF e do STJ.*

3. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 230.796/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 31/10/2012).

Não obstante a mudança jurisprudencial, ressalvavam-se do entendimento acima os casos envolvendo Estados não signatários do Convênio ICMS 13/97:

Tributário. *ICMS. Substituição tributária. Restituição. Venda por preço inferior ao presumido. Não adesão do Estado de São Paulo ao Convênio 13/97, objeto da ADIn 1.851/AL.*

1. *O STF, na ADIn 1.851/AL analisou a questão da substituição tributária em face do Convênio 13/97, concluindo que, de acordo com o art. 150, § 7º da CF/88, somente haveria direito à restituição caso não realizado o fato gerador presumido. Contudo, não sendo o Estado de São Paulo signatário do referido convênio, descabe a incidência do mencionado precedente aos autos.*

2. Se o Tribunal de origem interpretou o art. 10 da LC 87/96 sob a perspectiva da legislação local (Lei 6.374/89), que previa a hipótese de restituição do imposto pago a maior caso a operação final se desse por valor inferior ao presumido, inadmissível o recurso especial pela alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/88, ficando prejudicado o exame pela alínea "c". Para afastar o obstáculo, caberia à Fazenda Estadual, se entendesse que a legislação local está a contrariar a norma federal, interpor o recurso com fundamento na alínea "b" do permissivo

constitucional, caso em que esta Corte está autorizada a cotejar a legislação local com a federal.

3. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 555.333/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 01/03/2004).

Tributário. ICMS. Substituição tributária. Restituição. Venda por preço inferior ao presumido. Não adesão do Estado de São Paulo ao Convênio 13/97, objeto da ADIn 1.851-4/AL.

1. O STF, na ADIn 1.851-4/AL analisou a questão da substituição tributária em face do Convênio 13/97, concluindo que, de acordo com o art. 150, § 7º da CF/88, somente haveria direito à restituição caso não realizado o fato gerador presumido. Contudo, não sendo o Estado de São Paulo signatário do referido convênio, descabe a incidência do mencionado precedente aos autos.

2. Embargos de divergência conhecidos e providos (STJ, EREsp 773.213/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJU de 20/11/2006).

Tributário. ICMS. Substituição “para frente”. Art. 150, § 7º, da CF. Art. 10 da LC 87/1996. Operação em valor menor que o presumido. Restituição do tributo incidente sobre a diferença. Impossibilidade. ADIn 1.851/AL.

1. Hipótese em que a decisão rescindenda foi proferida após o julgamento da ADIn 1.851-4/AL.

2. O STF, ao apreciar a sistemática da substituição tributária “para frente” (art. 150, § 7º, da CF), admitiu a restituição do ICMS apenas no caso de não-ocorrência do fato gerador presumido.

3. O STJ adota esse entendimento ao analisar matéria infraconstitucional correspondente (arts. 6º e 10 da LC 87/1996), com relação aos Estados signatários do Convênio ICMS 13/1997, apreciado pelo STF ao julgar a ADIn 1.851-4/AL.

4. Ação Rescisória procedente (STJ, AR 3.147/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 16/04/2010).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Segunda Turma: AgRg no Ag 857.838/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 23/10/2008; AgRg no AgRg no Ag 1.197.537/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 26/03/2010; REsp 976.650/SP, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 11/06/2010.

Posteriormente, em 19/10/2016, a Suprema Corte, concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, submetido à sistemática do art. 543-B do CPC/73, firmou a seguinte tese: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago

a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Eis a ementa do acórdão:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. *Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Substituição tributária progressiva ou para frente. Cláusula de restituição do excesso. Base de cálculo presumida. Base de cálculo real. Restituição da diferença. Art. 150, § 7º, da Constituição da República. Revogação parcial de precedente. ADI 1.851.*

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

5. De acordo com o art. 150, § 7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.

6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, § 11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento (STF, RE 593.849/MG, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 30/03/2017).

Na mesma oportunidade, foram julgadas improcedentes, a final, as ADIs 2.675/PE e 2.777/SP, ajuizadas pelos Governadores estaduais, objetivando, respectivamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei 11.408/96,

do Estado de Pernambuco, e da Lei 6.374/89, do Estado de São Paulo, no que autorizam a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para a frente, em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. Assim restaram ementados os acórdãos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Tributário. Compatibilidade do inc. II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, que autoriza a restituição de quantia cobrada a maior nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. ADI julgada improcedente.

I - Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS.

II - Constitucionalidade do inc. II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco.

III - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente (STF, ADI 2.675/PE, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 30/06/2017).

Ação direta de inconstitucionalidade. Tributário. Compatibilidade do inciso II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela Lei Estadual 9.176/1995) com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, que autoriza a restituição de quantia cobrada a maior nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. ADI julgada improcedente.

I - Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS.

II - Constitucionalidade do inc. II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela Lei Estadual 9.176/1995).

III - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente (STF, ADI 2.777/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso, Relator p/ acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 30/06/2017).

II - A jurisprudência do STJ após o julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, sob o regime de repercussão geral.

Após o julgamento do RE 593.849/MG, pelo STF, sob o regime de repercussão geral, retornaram às Turmas, para juízo de retratação, os processos

cujos Recursos Extraordinários encontravam-se sobrestados, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 543-B do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015), caso do presente.

No mais das vezes, esta Corte limitou-se a aplicar a tese de repercussão geral à espécie, sem maiores considerações sobre o art. 166 do CTN, embora pudesse fazê-lo, nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ e da Súmula 456 do STF. Vejamos:

Tributário. Processual Civil. ICMS. Substituição para frente. Bases de cálculo presumida e real. Restituição da respectiva diferença. Possibilidade. Julgamento do Tema pelo Supremo Tribunal Federal sob o signo da repercussão geral. Tema 201. Juízo de retratação pelo próprio STJ. Adequação ao quanto decidido pelo STF. Recurso especial do Fisco Estadual desprovido. Petição protocolada pelo Estado em momento posterior ao seu especial. Inovação de argumentos e de pleitos. Impossibilidade.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849-RG/MG (Rel. Min. Edson Fachin, DJe 05/04/2017), com repercussão geral reconhecida, firmou a tese de que 'É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida' (Tema 201/STF), a cuja compreensão se deve adequar o pretérito e contrário entendimento do STJ.

2. Não é possível se conhecer de inéditos pleitos formulados pelo Fisco recorrente em momento posterior ao da interposição de seu especial apelo, seja por configurar indevida inovação recursal, seja pela ausência de prequestionamento das questões assim suscitadas.

3. Com efeito, o recurso especial "tem causa de pedir vinculada à fundamentação adotada no acórdão recorrido e, por isso, não pode ser ampliada por fatos supervenientes ao julgamento do órgão judicial *a quo*" (AgInt no REsp 1.306.878/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 29/11/2018).

4. Juízo de retratação exercido nestes autos (artigo 1040, II, do CPC), em ordem a se negar provimento ao recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul (STJ, REsp 536.853/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 05/04/2019).

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. Base de cálculo real. Restituição da diferença. Possibilidade. Repercussão geral. Julgamento do Tema 201 pelo Supremo Tribunal Federal. Juízo de retratação para adequação ao decidido pelo STF.

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. Ao decidir o Tema 201, em repercussão geral (RE 593.849/MG), o STF firmou a tese de que: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de

Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.”.

3. A Primeira Turma, ao negar provimento ao recurso especial, exarou entendimento que se encontra em desconformidade com aquele que prevaleceu no STF, motivo pelo qual deve ser realizado o juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2015, determinando-se o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que prossiga no julgamento do mérito da demanda.

4. *Recurso provido, em juízo de retratação, para conceder a segurança, bem como para declarar o direito à compensação escritural dos valores recolhidos a título de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para a frente, na forma da legislação local, quando a base de cálculo efetiva da operação tiver sido inferior à presumida, assegurado-se à autoridade fiscal a verificação da correção do procedimento* (STJ, RMS 16.190/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 26/03/2019).

Tributário e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Sistemática de substituição tributária para frente. Base de cálculo real inferior à presumida. Direito à restituição. Julgamento, pelo STF, em regime de repercussão geral. RE 593.849/MG, juízo de retratação. Art. 1.040, II, do CPC/2015. Prescrição. Tese dos “cinco mais cinco”. Correção monetária. Juros de mora. Incidência. Juros compensatórios. Não cabimento. Recurso ordinário parcialmente provido. Segurança parcialmente concedida.

I. *A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, em 21/11/2006, considerando a jurisprudência pacífica desta Corte, à época, manteve o acórdão do Tribunal de origem, que denegara a segurança, julgando legítima a sistemática de substituição tributária que não contempla a possibilidade de o contribuinte substituído obter a restituição de ICMS, caso a base de cálculo real seja inferior à presumida.*

II. *Entretanto, posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849-RG/MG (Rel. Ministro **Edson Fachin**, DJe de 05/04/2017), em regime de repercussão geral, firmou a seguinte tese: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida” (Tema 201/STF).*

III. *Diante do julgamento da Suprema Corte, sob regime de repercussão geral, que se mostra contrário ao posicionamento anteriormente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em referência, impõe-se o exercício do juízo de retratação, com base no art. 1.040, II, do CPC/2015. Nesse sentido: STJ, RMS 9.623/MS, Rel. Ministro **Sérgio Kukina**, Primeira Turma, DJe de 04/05/2018; RMS 11.927/MG, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, Primeira Turma, DJe de 11/05/2018; Ag 309.489/RS, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques**, Segunda Turma, DJe de 11/04/2018.*

IV. No tocante ao prazo prescricional, o STF, no julgamento do RE 566.621/RS (Rel. Ministra **Ellen Gracie**, Plenário, DJe de 11/10/2011), firmou o entendimento

de que o prazo de cinco anos do art. 168, I, do CTN, alterado por força do art. 3º da Lei Complementar 118/2005, para pleitear a repetição de valores recolhidos indevidamente, a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se às demandas ajuizadas na vigência do referido art. 3º, ou seja, a partir de 09/06/2005, de modo que, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é viável recuperar os valores indevidamente pagos nos cinco anos anteriores à propositura do feito. Se a demanda é ajuizada na vigência da redação anterior à LC 118/2005, aplica-se a tese conhecida por “cinco mais cinco”, de modo que o contribuinte possui 10 anos, contados do fato gerador, para repetir o que pagou indevidamente, a título de tributo.

V. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, o REsp 1.269.570/MG, alinhou a jurisprudência desta Corte ao referido entendimento consolidado pelo STF, concluindo que, “para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN” (STJ, REsp 1.269.570/MG, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 04/06/2012).

VI. A Corte Especial do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 998.678/RS (DJe de 26/06/2013), de relatoria do Ministro *João Otávio de Noronha*, proclamou o entendimento de que a tese dos “cinco mais cinco” aplica-se às demandas propostas até o dia 08/06/2005.

VII. Na hipótese dos autos, o Mandado de Segurança foi impetrado em 22/09/2003, antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, devendo ser contado o prazo prescricional segundo a tese dos “cinco mais cinco”.

VIII. Conforme orientação firmada, de longa data, pelo Superior Tribunal de Justiça, “reconhecido o crédito do contribuinte, irrecusável a atualização monetária, simples resgate do valor real da moeda. Não é um plus que se acrescenta, mas um minus que se evita” (STJ, REsp 153.630/RS, Rel. Ministro *Milton Luiz Pereira*, *Primeira Turma*, DJ de 27/03/2000). Ademais, nos termos da Súmula 523/STJ: “A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.”

IX. Na forma da jurisprudência, “São descabidos juros compensatórios na repetição de indébito e na compensação de tributos” (STJ, REsp 1.110.310/SP, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Segunda Turma*, DJe de 01/07/2011)

X. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança parcialmente provido, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, para conceder parcialmente a ordem, a fim de declarar o direito da impetrante à compensação escritural de créditos de ICMS, oriundos de vendas efetuadas com valor menor do que a base de cálculo presumida, devidamente atualizados, na forma da legislação

estadual, sem prejuízo de posterior fiscalização da autoridade administrativa competente, respeitada a prescrição, segundo a tese dos “cinco mais cinco” (STJ, RMS 21.952/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 25/09/2018).

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. ICMS. Substituição tributária para frente. Fato gerador presumido. Diferença a menor do tributo devido, em relação ao fato gerador presumido. Direito à restituição. Acórdão do Tribunal de origem em consonância com o atual entendimento firmado pelo STF sobre a matéria, em julgamento realizado sob o regime da repercussão geral. RE 593.849/MG. Juízo de retratação. Art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015). Recurso especial desprovido, em juízo de retratação.

I. Recurso Especial, interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, anteriormente provido, pela Segunda Turma desta Corte, ao fundamento de que “o STF, em 08/05/2002, pelo seu plenário, na ADIN 1.851/AL, relatada pelo Ministro **Ilmar Galvão**, decidiu, ao examinar o § 7º do art. 150 da CF/88, que o mesmo só contempla a restituição na hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido, não havendo que se falar em tributo pago ‘a maior’ ou ‘a menor’, por parte do contribuinte substituído”.

II. O Recurso Especial, interposto pela impetrada, retornou - por determinação da Vice-Presidência do STJ, para julgamento pelo Órgão colegiado, com fundamento no disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015), após a interposição de Recurso Extraordinário, pela impetrante -, para juízo de retratação, em face de julgado do STF, proferido no RE 593.849/MG, em sede de repercussão geral da questão constitucional.

III. Não obstante as razões de decidir constantes do acórdão ora submetido a juízo de retratação, o Plenário do STF, ao julgar, sob o regime da repercussão geral, o RE 593.849/MG (Rel. Ministro **Edson Fachin**, DJe de 31/03/2017), fixou, em 19/10/2016, a tese de que “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Assim, a atual jurisprudência do STJ realinhou o seu posicionamento sobre a matéria, diante do novo entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 593.849/MG, sob a relatoria do Ministro **Edson Fachin** e sob regime de repercussão geral, pelo que o acórdão, proferido pelo Tribunal de origem, encontra-se, no mérito, em sintonia com o novel entendimento do STF e do STJ. Nesse sentido: STJ, EDcl na AR 4.640/DF, Rel. Ministro **Herman Benjamin, Primeira Seção**, DJe de 19/12/2016; AgInt no RE no AgInt no RMS 30.103/GO, Rel. Ministro **Humberto Martins, Corte Especial**, DJe de 28/02/2018.

IV. Recurso Especial desprovido, em juízo de retratação, previsto no art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015), quanto à questão de mérito, objeto da repercussão geral, no RE 593.849/MG (STJ, REsp 418.380/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 19/09/2018).

Tributário. *Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS. Substituição tributária para frente. Base de cálculo real inferior à presumida. Restituição da diferença. Juízo de retratação. Art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015).*

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849/MG, firmou a tese de que: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

II - Agravo regimental improvido. Art. 543-B do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015) (STJ, AgRg no Ag 388.881/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 27/08/2018).

Processo Civil. Tributário. Recurso especial. Enunciado Administrativo n. 2 do STJ. *ICMS. Substituição tributária para frente. Restituição da diferença entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo real. Possibilidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (RE 593.849).* Recurso especial não provido.

1. Publicado o acórdão proferido pelo STF em sede de repercussão geral, aplicam-se os efeitos do artigo art. 1.040, II, do CPC/2015, retornando os autos para novo exame.

2. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral reconhecida nos autos do RE n. 593.849, fixou tese no sentido de que “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

3. Juízo de retratação exercido, na forma do art. 1.040, II, do CPC/2015, para negar provimento ao recurso especial (STJ, REsp 1.422.639/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27/06/2018).

No mesmo sentido, confira-se: STJ, REsp 1.421.880/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27/06/2018; RMS 38.459/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 20/06/2018; RMS 16.086/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 21/11/2018; REsp 506.968/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 15/05/2018; REsp 536.724/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 15/05/2018; REsp 944.618/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02/08/2018; RMS 9.623/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 04/05/2018; REsp 725.063/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 08/05/2018; REsp 512.403/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 21/11/2018; AgRg no Ag 351.420/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira

Turma, DJe de 04/05/2018; REsp 1.026.401/SE, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, Segunda Turma, DJe de 26/04/2017.

Em algumas poucas ocasiões, porém, as Turmas integrantes da Primeira Seção enfrentaram a matéria concernente à aplicabilidade do art. 166 do CTN, na espécie.

A Primeira Turma, no AgRg no REsp 630.966/RS, de relatoria do Ministro *Gurgel de Faria* – ora invocado pelo Ministro Relator, *Francisco Falcão* –, afastou a incidência do art. 166 do CTN, na espécie. Vejamos:

Processual Civil e Tributário. ICMS. Substituição tributária. Fato gerador. Base de cálculo menor que a presumida. Direito à devolução. Repercussão geral. Juízo de retratação. Direito de o substituído pleitear a repetição de crédito anterior à LC n. 87/1996. Questão decidida à luz de fundamentação constitucional. Art. 166 do CTN. Inaplicabilidade. Prescrição. Demanda ajuizada antes da LC n. 118/2005. Tese dos “cinco mais cinco”. Aplicação.

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 n. 2, sessão de 09/03/2016).

2. “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida” (RE 593.849/MG, julgado pelo rito da Repercussão Geral), fazendo-se necessária a realização do juízo de retratação, para adequar o julgamento do recurso especial à orientação da Suprema Corte (art. 1.040, II, do CPC).

3. O direito de o substituído pleitear a restituição do ICMS em período anterior à LC n. 87/1996 foi decidido pelo acórdão recorrido mediante emprego de fundamentação eminentemente constitucional, cuja revisão é incabível pela via do recurso especial.

4. Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN.

5. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 566.621/RS, submetido ao rito da repercussão geral, pacificou o entendimento de que o disposto no art. 3º da LC n. 118/2005 somente deve ser aplicado às ações

ajuizadas a partir de sua vigência (em 09/06/2005), mesmo que nessas ações se pleiteie repetir recolhimentos indevidos realizados antes da vigência da novel legislação.

6. No julgamento do Recurso Especial 1.269.570/MG, examinado sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, a Primeira Seção analisou novamente o tema, vindo a realinhar o seu entendimento ao do Pretório Excelso, concluindo que, “para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN”, ficando superado o recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.002.932/SP.

7. Na hipótese, considerando que a demanda foi proposta antes da edição da LC n. 118/2005, a prescrição deve ser contada em conformidade com a tese dos “cinco mais cinco” (REsp 435.835/SC).

8. Agravo regimental da contribuinte provido, para tornar sem efeito a decisão agravada. Recurso especial fazendário parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido (STJ, AgRg no REsp 630.966/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 22/05/2018).

Registre-se que, embora acolhidos os EDcl no aludido AgRg no REsp 630.966/RS, “para não conhecer do recurso especial fazendário em relação às alegações de ilegitimidade ativa *ad causam*, de impossibilidade jurídica do pedido e de prescrição”, o que retira a força persuasiva do precedente acima, o entendimento foi reiterado noutras duas ocasiões, a saber:

Processual Civil e Tributário. Art. 535 do CPC/1973. Violação. Inocorrência. ICMS. *Substituição tributária. Base de cálculo menor que a presumida. Devolução. Direito. Correção monetária. Incidência. Art. 166 do CTN. Inaplicabilidade.*

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 n. 2, sessão de 09/03/2016).

2. O acolhimento de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado, o que não ocorreu na espécie.

3. Os créditos de ICMS/ST reclamados a título de restituição preferencial de que trata o art. 150, § 7º, da Constituição Federal devem ser atualizados segundo os mesmos critérios aplicáveis para o tributo. Inteligência do art. 10, § 1º, da LC n. 87/1996.

4. *"Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN"* (AgRg no REsp 630.966/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/05/2018).

5. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.426.465/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 07/02/2019).

Processual Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. *Repetição de indébito. ICMS. Substituição tributária. Recolhimento a maior. Tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Oportunização de manifestação das partes antes do juízo de conformidade. Desnecessidade. Repercussão financeira do encargo do tributo. Inaplicabilidade. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inexistência. Honorários advocatícios. Readequação. Exame de prova. Inadmissibilidade.*

1. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

2. A regra do art. 10 do CPC/2015 não se aplica ao juízo de conformação, pois, firmada a tese a ser aplicada aos recursos repetitivos, não há falar em fundamento novo a respeito da qual a parte não teve oportunidade de manifestar-se.

3. *Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN. Precedente da Primeira Turma.*

4. Conforme entendimento da Corte Especial deste Tribunal Superior, a data da sentença é o marco temporal a ser considerado para definição da norma de regência aplicável ao arbitramento de honorários de sucumbência.

5. Sem reexame de fático-probatório, não se pode chegar à conclusão pela readequação dos honorários, tendo em vista o percentual de 10%, por si só, não revelar exorbitância.

6. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.866.546/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 27/11/2020).

Já a Segunda Turma vem condicionando o reconhecimento do direito à demonstração dos requisitos do art. 166 do CTN:

Tributário. Recurso em mandado de segurança. ICMS. Substituição tributária “para frente”. Art. 10 da LC 87/1996, c/c o art. 150, § 7º, da Constituição Federal. Valor da operação menor que o presumido. Compensação. Possibilidade. Desconformidade com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral no RE 593.849/MG. Adequação. Art. 1.040, II, do CPC/2015. Necessidade de observância do art. 166 do CTN.

1. A controvérsia veiculada nos autos diz respeito à possibilidade de restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva se a base de cálculo real da operação for inferior à presumida.

2. Este Tribunal Superior, com suporte no resultado do julgamento da ADIn 1.851-4/AL, entendia que, à luz do comando contido no § 7º do art. 150 da CF/1988, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída.

3. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 593.849/MG, em repercussão geral (Tema 201/STF), firmou tese de que “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

4. Registre-se, no entanto, que a jurisprudência do STJ firmou a orientação de que os tributos ditos indiretos sujeitam-se, em caso de restituição, compensação ou creditamento, à demonstração dos pressupostos previstos no art. 166 do CTN.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento, devendo, no entanto, ser observado o disposto no art. 166 do CTN (STJ, RMS 27.049/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/06/2018).

Tributário. Recurso especial. ICMS. Base de cálculo efetiva inferior à presumida. Desconformidade com orientação firmada pelo STF em repercussão geral no RE 593.849/MG. Adequação. Art. 1.040, II, do CPC/2015.

1. A controvérsia veiculada nos autos diz respeito à possibilidade de restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva se a base de cálculo real da operação for inferior à presumida.

2. Este Tribunal Superior, com suporte no resultado do julgamento da ADIn 1.851-4/AL, entendia que, à luz do comando contido no § 7º do art. 150 da CF/1988, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída.

3. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 593.849/MG, em repercussão geral (Tema 201/STF), firmou tese de que “é devida a

restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

4. Os autos devem retornar à origem para que as instâncias ordinárias analisem o direito ao creditamento ou à compensação à luz do que dispõe o art. 166 do CTN.

5. Recurso especial a que se dá provimento (STJ, REsp 659.150/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 25/04/2018).

III - Da inaplicabilidade do art. 166 do CTN, na espécie.

Conforme adiantei acima, pedi vista dos autos, para examinar mais detidamente a questão atinente à aplicação, ou não, no caso concreto, do art. 166 do CTN, segundo o qual “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

No caso, remanesce, para apreciação, a incidência, ou não, do art. 166 do CTN, de vez que o Recurso Especial sustenta violação ao aludido dispositivo legal, ao fundamento de que, “se a recorrida não é sujeito passivo e o valor do ICMS pago pelo fabricante será por ela cobrado dos consumidores finais - seus clientes, é evidente a contrariedade ao dispositivo do CTN acima referido” (fl. 361e).

Em seu voto, o Ministro *Francisco Falcão*, aludindo ao entendimento firmado no AgRg no REsp 630.966/RS (Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Turma*, DJe de 22/05/2018), deixa de aplicar o art. 166 do CTN, ao seguinte fundamento:

Quanto à alegada ofensa ao art. 166 do CTN pela necessidade de prova do encargo financeiro pelo contribuinte, verifica-se que na hipótese dos autos o contribuinte substituído recolhe antecipadamente o tributo, com base em valor presumido quando da aquisição da mercadoria. Assim, na revenda por valor menor que o presumido este mesmo contribuinte arca com a diferença, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN.

Com a devida vênia, não procede o fundamento. Primeiro, porque não é o contribuinte substituído – no caso, a concessionária autora – que recolhe o tributo, mas o contribuinte substituído, ou seja, o fabricante de veículos que retém

o ICMS devido nas operações que irão ocorrer, no ciclo mercantil, com base de cálculo presumida, atribuindo-se, porém, no caso, legitimidade ativa *ad causam* ao substituído, na hipótese de o valor da venda ao consumidor ocorrer por valor menor, porquanto será ele que, a final, suportará o encargo financeiro da tributação a maior. E segundo, e mais importante, porque *a repercussão econômica dos tributos é questão empírica. Saber quem suporta o ônus de determinado tributo, em dada circunstância, demanda a verificação de inúmeras variáveis econômicas, que não podem ser presumidas pelo simples fato de a mercadoria ter sido vendida por valor inferior ao presumido. Com efeito, a repercussão econômica dos tributos é questão das mais complexas e controversas na ciência das finanças, sendo possível, em tese, que um tributo indireto seja suportado, individual ou conjuntamente, pelo capital, pelo trabalho ou pelos consumidores.*

A propósito, transcrevo trecho do voto do Ministro *Dias Toffoli*, no Recurso Extraordinário 608.872/MG, em que ele bem explica, com fundamento em vasta pesquisa doutrinária, as perplexidades a envolverem a repercussão econômica dos tributos:

Na mesma toada, Hugo de Brito Machado Segundo ensina que a repercussão econômica tributária ocorre por força de uma “oportunidade de transferência”: se o mercado permitir, será possível repassar todo o encargo financeiro da exação. Igualmente afirma que “em qualquer caso, o terceiro para o qual é transferido esse ônus estará pagando, juridicamente, preço, regido pelas normas contratuais correspondentes” (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Tributação indireta no direito brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Tributação indireta no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013, p. 218).

Para Geraldo Ataliba, a classificação dos tributos em direto e indireto, segundo o critério da translação econômica, não é jurídica, mas simplesmente econômica. O professor ainda afirma que a exação pode ter sua classe alterada pela conjuntura econômica, mesmo inexistindo mudança no sistema jurídico (ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 143).

Sobre a influência da tributação na formação de preços, Luís Eduardo Schoueri, embaixado especialmente nos ensinamentos de Cesare Cosciani (Principios de ciencia de la hacienda. Madrid: Ed de Derecho Financiero), indica, além do tempo (longo, curto ou curtíssimo), os mais variados fatores de influxo: em relação ao tributo, o montante (grande ou pequeno), o tipo (geral ou especial), a forma de cálculo (fixo, segundo a quantidade produzida, sobre o valor das vendas, sobre a renda marginal, sobre o capital investido) e o sistema geral de arrecadação e lançamento (embutido ou não no preço); quanto ao bem onerado, a curva de custos (custo fixo ou variável), a elasticidade da demanda (alta, média, baixa

ou nula), a elasticidade da oferta (alta, média, baixa ou nula), a durabilidade (conservação ou deterioração) e a existência de bens complementares, substitutivos ou de oferta rival; a respeito do regime econômico, a existência de concorrência perfeita, de monopólio (de oferta ou de demanda), e monopólio bilateral, de duopólio (de oferta ou de demanda), de oligopólio perfeito (de oferta ou de demanda) ou de concorrência monopolista; no tocante ao sujeito passivo, a possibilidade de estoques (grande, média, pequena ou nula), a necessidade de manutenção de níveis mínimos de trocas, possibilidade de uso de linhas de crédito, possibilidade de abandonar a produção do bem onerado pela de outro, motivação do pagamento indevido do imposto; em relação à conjuntura econômica, a taxa de juros (alta ou baixa), a taxa de remuneração do capital (alta ou baixa) e a conjuntura (prosperidade, crise ou estagnação, inflação acentuada ou não) (SCHOUERI, Luís Eduardo. A restituição de impostos indiretos no sistema jurídico-tributário brasileiro. Revista de Administração de Empresas. São Paulo: jan./mar. 1987, vol. 27, n.1, p. 39/48).

Estudando essas variáveis, Schoueri encontrou, por análise combinatória, mais de 550 milhões de situações diferentes e concluiu ser um erro “atribuir a todo e qualquer imposto ‘indireto’ (critério já demonstrado ser duvidoso) o fato de promover a translação” (ibidem, p. 39/48).

Em sentido convergente, Alfredo Augusto Becker (Teoria geral do direito tributário. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998) assenta não haver fundamento científico para o direito tributário adotar a classificação dos tributos em diretos e indiretos, conforme o critério da repercussão econômica. Em sua concepção, qualquer tributo pode repercutir e os fatores decisivos para isso não são intrínsecos à natureza da exação. Ademais, apenas por aproximação é que poderiam ser verificados os efeitos da transferência do ônus financeiro do tributo. Ainda de sua perspectiva, não seria possível verificar essa translação por meio do exame de um acréscimo do valor da exação ao preço, pois apenas casualmente haveria correspondência entre o valor recolhido ao Fisco e aquele que consta da fatura. Também entende não ser possível demonstrar a repercussão por meio do exame da escrita comercial do vendedor, tendo em vista a ausência de estatística que compare o preço da mercadoria praticado e o preço dessa sem a tributação, mantido tudo o mais constante. Esse último preço seria inobservável, pois nunca teria existido. Além disso, aponta o autor que a outorga legal de o sujeito passivo realizar retenção ou reembolso “estabelece a certeza jurídica da repercussão jurídica do tributo” (ibidem, p. 543) para efeitos jurídicos, mas não prova sua repercussão econômica.

Becker demonstra, ainda, a existência de variadas formas de translação econômica dos tributos, não sendo a para frente a única possível. Sustenta, com base nas lições de Maurice Duverger, haver a repercussão econômica para trás, como no caso em que o comerciante, já ciente da incidência tributária que vai ocorrer na venda da mercadoria, solicita redução do preço ao fabricante, bem como no caso em que o volume de vendas é diminuído em razão do aumento

do preço pela inclusão do ônus financeiro do tributo. Igualmente, aponta o autor como forma da translação a denominada dupla incidência econômica, isto é, o acréscimo de outra parcela, além do valor do tributo, ao preço do produto ou da mercadoria para preservar a margem de lucro do vendedor (que fora reduzida pela exação) ou para “perfazer um algarismo mais nítido e de melhor efeito psicológico sobre a venda” (ibidem, p. 545). O jurista refere, outrossim, existir a repercussão econômica simples - se ocorre a transferência de uma pessoa para outra, e a por estágios - se há sucessivas transferências. Também dentro do exame das principais formas da translação, menciona a capitalização e a amortização (ou absorção) e, para explicá-los, exemplifica com a influência da tributação nos preços de títulos da dívida pública cotados em Bolsa.

Em suma, para Becker, a temática da repercussão econômica tributária está, em primeiro lugar, na área da formação dos preços, sendo que, apenas com um substancial estudo de diversos fatores e circunstâncias (como condições de tempo, condições de lugar e conjuntura econômica), seria possível verificar, num juízo de relativa previsibilidade, a provável repercussão econômica do tributo. Não obstante, ressalta ser impossível “conhecer[-se] a verdadeira incidência econômica do tributo” (ibidem, p. 548).

Data venia, não parece adequado, portanto, afastar a aplicação do art. 166 do CTN com fundamento numa presunção de todo desvinculada dos fatos econômicos subjacentes à incidência tributária.

Outra é a razão para afastar a aplicação do aludido dispositivo.

O art. 166 do CTN está inserido na seção relativa ao “pagamento indevido”, o que, nos termos do art. 165 do CTN, ocorre nos seguintes casos:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Como se nota, em nenhum deles se encontra a hipótese de que trata o presente Recurso Especial. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido, quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração

tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo revelou-se inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. *Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento tanto no art. 150, § 7º, da Constituição, como assentou o STF, no RE 593.849/MG, quanto no art. 10 da Lei Complementar 87/96, que merece ser interpretado em consonância com o que decidido naquela oportunidade. Ei-lo:*

Art. 10. *É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.*

§ 1º *Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.*

§ 2º *Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecurável, o contribuinte substituído, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.*

Se, como assentou o Supremo Tribunal Federal, a exceção contida ao final do art. 150, § 7º, da Constituição Federal não exclui o direito à restituição, quando a base de cálculo efetiva ocorre em valor inferior ao presumido, não há razão para excluir tal situação do âmbito de incidência do art. 10 da Lei Complementar 87/96.

Em suma, é possível concluir que:

i) Ao contrário do que presume, *data venia*, em seu voto, o Ministro Relator, a repercussão econômica dos tributos é questão empírica. Saber quem suporta o ônus de determinado tributo, em dada circunstância, demanda a verificação de inúmeras variáveis econômicas, que não podem ser presumidas pelo simples fato de a mercadoria ter sido vendida por valor inferior ao presumido. Com efeito, a repercussão econômica dos tributos é questão das mais complexas e controversas na ciência das finanças, sendo possível, em tese, que um tributo indireto seja suportado, individual ou conjuntamente, pelo capital, pelo trabalho ou pelos consumidores. Não parece adequado, portanto, afastar a aplicação do art. 166 do CTN com fundamento numa presunção de todo desvinculada dos fatos econômicos subjacentes à incidência tributária;

ii) *Outra é a razão para afastar a aplicação do dispositivo.* O art. 166 do CTN está inserido na seção relativa ao “pagamento indevido”, o que, nos termos do art. 165 do CTN, ocorre nos seguintes casos: “I - cobrança ou pagamento espontâneo de

tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória". Como se nota, em nenhum deles se encontra a hipótese de que trata o presente Recurso Especial. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido, quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo revelou-se inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. *Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento tanto no art. 150, § 7º, da Constituição, como assentou o STF, no RE 593.849/MG, quanto no art. 10 da Lei Complementar 87/96, que merece ser interpretado em consonância com o que decidido naquela oportunidade.*

Assim, com base em fundamento diverso, acompanho o Relator, Ministro Francisco Falcão, para, em juízo de retratação, negar provimento ao Recurso Especial, interposto pelo *Estado do Rio Grande do Sul*, assentando, para fins do art. 489, VI, do CPC/2015, a superação do entendimento anteriormente firmado por esta Segunda Turma, quanto à aplicação, na situação ora em julgamento, do art. 166 do CTN.

É o voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.849/MG, sob a sistemática da repercussão geral (Tema n. 201), firmou a tese de que "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

Embora o entendimento do Supremo Tribunal Federal venha sendo aplicada sem restrição, surgiu o questionamento sobre a aplicabilidade do art. 166 do CTN, *in verbis*:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Na hipótese dos autos o contribuinte recolhe antecipadamente o tributo, com base em valor presumido quando da aquisição da mercadoria, na revenda por valor menor que o presumido este mesmo contribuinte arca com a diferença, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN.

Esse entendimento vem sendo adotado no âmbito da Primeira turma, conforme julgados recentes, *in verbis*:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Fundamento inatacado. Prequestionamento. Ausência. ICMS/ST. Restituição. Venda praticada com preço menor à base de cálculo presumida. Art. 166 do CTN. Inaplicabilidade.

1. Conforme entendimento sedimentado na Súmula 283 do STF, não se conhece de recurso especial quando inexistente impugnação específica a fundamento autônomo adotado pelo órgão judicial *a quo*.

2. Hipótese em que as razões do recurso especial relativas à apontada infringência ao art. 1.022 do CPC/2015 não atacaram o fundamento adotado no julgamento dos embargos de declaração de que as questões neles suscitadas configuravam indevida inovação recursal.

3. Há manifesta ausência de prequestionamento, a atrair a aplicação da Súmula 211 do STJ, quando o Tribunal de origem não emite juízo de valor sobre a tese relacionada ao dispositivo de lei supostamente violado, mesmo após opositos embargos de declaração.

4. “Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN” (AgRg no REsp 630.966/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/05/2018).

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.872.036/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27/09/2021, DJe 07/10/2021)

Tributário. Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Ausência de comando normativo em dispositivo legal apto a sustentar a tese recursal. Deficiência de fundamentação. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284/STF. ICMS. Substituição tributária.

Revenda de mercadoria por preço menor do que a base de cálculo presumida. Art. 166 do CTN. Inaplicabilidade. 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 - Revela-se 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.

III - É entendimento pacífico neste Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, na sistemática da substituição tributária para frente, em que o contribuinte substituído revende a mercadoria por preço menor do que a base de cálculo presumida para o recolhimento do tributo, é inaplicável a condição prevista no art. 166 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 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.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.927.472/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 31/05/2021, DJe 02/06/2021)

Processo Civil e Tributário. Agravo interno no recurso especial. Mandado de segurança. ICMS. Substituição tributária progressiva. Bases de cálculo presumida e efetivamente realizada. Diferença. Regra de comprovação do encargo financeiro do tributo. Não incidência.

1. Pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que, ocorrido o fato gerador com base de cálculo menor que a presumida em regime de substituição tributária é presumida a imposição direta do tributo, confundindo-se o contribuinte de fato com o contribuinte de direito, em razão da ausência de repercussão do tributo no preço praticado, de modo que inexigível a demonstração da assunção do encargo financeiro do tributo pelo contribuinte de direito. Inteligência do art. 166 do CTN? (AgRg no REsp 1.091.781/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 19/08/2009). Precedentes.

2. No caso dos autos, o recurso foi provido porque a recorrente, substituída tributária, não pretende devolução de ICMS incluído no preço da mercadoria

vendida, mas daquele decorrente da diferença entre a base de cálculo efetivamente praticada e a presumida, sendo que esta última, porque não ocorrida, não foi imposta ao consumidor, daí porque não se pode exigir comprovação do não repasse financeiro.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.892.901/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/03/2021, DJe 17/03/2021)

No mesmo sentido a seguinte decisão monocrática REsp 1.844.911, Rel. Min. *Og Fernandes*, DJe 14/06/2021, da qual se extrai o seguinte excerto, in verbis:

No mérito, este Superior Tribunal possui entendimento de que, “ocorrido o fato gerador com base de cálculo menor que a presumida em regime de substituição tributária, é presumida a imposição direta do tributo, confundindo-se o contribuinte de fato com o contribuinte de direito, em razão da ausência de repercussão do tributo no preço praticado, de modo que inexigível a demonstração da assunção do encargo financeiro do tributo pelo contribuinte de direito. Inteligência do art. 166 do CTN. (AgRg no REsp 1.091.781/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4/8/2009, DJe 19/8/2009).

Ante o exposto, ratifico o voto proferido em todos os seus termos.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Tributário. ICMS. Substituição tributária para frente. Venda por valor menor que o presumido em lei. Restituição/compensação. Matéria decidida no STF, no rito da repercussão geral (Tema 201/STF). Juízo de readequação. Art. 166 do CTN. Inaplicabilidade.

1. A discussão travada nestes autos diz respeito ao pleiteado reconhecimento da existência de crédito em favor do contribuinte submetido à tributação pelo regime da substituição tributária para frente, quando verificado que o fato gerador do ICMS, à luz da venda efetiva da mercadoria, ocorreu em montante inferior ao estabelecido na legislação tributária.

2. O feito foi devolvido ao órgão colegiado para eventual aplicação do juízo de readequação, diante do julgamento no STF do RE 593.849/

MG, com Repercussão Geral (Tema 201/STF: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”).

3. Nos termos do art. 1.040 do CPC, a aplicação da tese definida no STF conduz ao desprovimento da pretensão recursal do ente público.

4. Em relação ao art. 166 do CTN, observa-se ser inaplicável à espécie, pois a controvérsia objeto destes autos não diz respeito à devolução do valor do “ICMS incluído no preço da mercadoria vendida, mas daquele decorrente da diferença entre a base de cálculo efetivamente praticada e a presumida, sendo que *esta última, porque não ocorrida, não foi imposta ao consumidor, daí porque não se pode exigir comprovação do não repasse financeiro*” (AgInt no REsp 1.949.848/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 15.12.2021). Não é outro o motivo pelo qual o legislador, em tal hipótese, prevê em favor do substituído o direito ao ressarcimento da quantia paga a maior.

5. A discussão a respeito da transferência/repercussão econômica do tributo, isto é, de quem a promove, ou quando e em que condições se configura, não se revela necessária no contexto acima.

6. Voto-Vista para negar provimento ao Recurso Especial, *acompanhando* Voto do eminente Ministro Relator.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: A discussão travada nestes autos diz respeito ao pleiteado reconhecimento da existência de crédito em favor do contribuinte submetido à tributação pelo regime da substituição tributária para frente, quando verificado que o fato gerador do ICMS, à luz da venda efetiva da mercadoria, ocorreu em montante inferior ao estabelecido na legislação tributária.

O feito foi devolvido ao órgão colegiado para eventual aplicação do juízo de readequação, diante do julgamento no STF do RE 593.849/MG, com Repercussão Geral (Tema 201/STF: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”).

O eminente Ministro Relator, com base no art. 1.040 do CPC, procedeu ao juízo de readequação para aplicar a orientação definida no eg. STF, passando, em

seguida, à análise da tese de violação do art. 166 do CTN, negando provimento também nesse ponto ao apelo nobre, mediante citação de precedentes da Primeira Turma do STJ, concluindo que “na revenda por valor menor que o presumido este mesmo contribuinte arca com a diferença, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN”.

Em judicioso Voto-Vista, a eminente Ministra Assusete Magalhães acompanha o Relator, mas apresenta fundamentação divergente em relação à análise do art. 166 do CTN.

Esclarece que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que era necessário demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 166 do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o ICMS caracteriza-se como tributo indireto. Cita dois precedentes, ambos da Relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, de 2018.

Embora concorde com o desprovimento da tese de violação do art. 166 do CTN, Sua Excelência defende que *a norma não é aplicável* ao caso concreto, pois: a) o tributo não é recolhido pelo contribuinte substituído (*in casu*, a concessionária autora da demanda), mas sim pela fabricante de veículos, por antecipação, mediante retenção do valor conforme parâmetros presumidos em lei; e b) a discussão a respeito da “repercussão econômica”, ou seja, de quem suporta o ônus do ICMS, possui natureza empírica, ou seja, demanda verificação de inúmeras variáveis econômicas.

Sustenta, enfim, que a hipótese não comporta aplicação do art. 166 do CTN. Este pressupõe pagamento indevido, o que não ocorre no caso em tela, na medida em que, ao tempo do recolhimento, a exação era devida rigorosamente nos termos da legislação tributária que disciplinou a técnica de arrecadação conhecida como “substituição tributária para frente”. A situação fática superveniente – isto é, a constatação de que a venda da mercadoria se deu em montante inferior ao presumido pelo legislador – é que dá origem ao direito do contribuinte ser ressarcido, com fundamento no art. 150, § 7º, da CF/1988 e no art. 10 da Lei Complementar 87/1996.

Admito que, quando pedi Vista dos autos, pensei que havia divergência a respeito do acolhimento ou não da tese de violação do art. 166 do CTN. Não é esse o caso, pois, registro, *ambos os Votos até aqui apresentados* rechaçam a tese de que houve infringência ao dispositivo de lei, porque, na verdade, *este*

seria inaplicável na espécie. A divergência manifestada é apenas em relação ao fundamento adotado para concluir que o dispositivo legal (art. 166 do CTN) é inaplicável.

A esse respeito, o judicioso Voto-Vista apresentado pela em. Ministra Assusete Magalhães invoca citações doutrinárias — em que o tema da repercussão econômica é analisado com enfoque maior em outras ciências conexas com o Direito Tributário (Finanças, Contabilidade, etc.) —, para então concluir que não é possível definir, objetivamente, se houve ou não transferência do encargo econômico. Nas hipóteses em que se discute o tema da substituição tributária, tal ordem de considerações não seria relevante porque há dispositivos específicos que, de modo expresso, asseguram em favor do contribuinte substituído o ressarcimento.

Observo, inicialmente, que não identifiquei, no Voto proferido pelo em. Ministro Relator, ponderação relativa à necessidade de comprovação da transferência do encargo econômico. Houve apenas menção de que o art. 166 do CTN versa sobre essa situação, mas a conclusão foi no sentido de que o dispositivo legal é *inaplicável* nas demandas em que a técnica de arrecadação se dá no âmbito do regime de substituição tributária. Não houve, portanto, análise do em. Ministro Relator a respeito da transferência ou não do encargo econômico, tampouco sobre a necessidade de comprovação de quem a promoveu ou de quem a ela se submeteu, e, principalmente, sobre o modo de apuração da forma pela qual se dá a transferência econômica.

Assim, a respeitável fundamentação trazida no brilhante Voto-Vista da em. Ministra Assusete Magalhães, com a devida vênia, revela-se, em meu sentir, insuficiente como resposta ao jurisdicionado. Ora, o tema da repercussão econômica, desnecessário, como dito acima, no âmbito da substituição tributária (já que nos termos aqui propostos a Segunda Turma caminha para concluir, em conjunto com a Primeira Turma do STJ, que o art. 166 do CTN é inaplicável nas demandas em que a Repetição/Compensação é apresentada em relações tributárias submetidas ao regime de substituição tributária), teria relevância apenas nos casos submetidos ao regime normal de tributação. E, em relação a este último, especificamente, a conclusão no sentido de que deve ser casuística, porque complexa, a identificação a respeito de quem, como e sob que condições suportou a repercussão econômica da carga tributária, não oferece, efetivamente, solução jurídica.

Conforme bem observado em Voto do em. Ministro Benedito Gonçalves no AgInt no REsp 1.949.848/MG, DJe 15.12.2021, a controvérsia objeto

destes autos não diz respeito à devolução do valor do “ICMS incluído no preço da mercadoria vendida, mas daquele decorrente da diferença entre a base de cálculo efetivamente praticada e a presumida, sendo que esta última, porque não ocorrida, não foi imposta ao consumidor, daí porque não se pode exigir comprovação do não repasse financeiro”. Não é outro o motivo pelo qual o legislador, em tal hipótese, prevê em favor do substituído o direito ao ressarcimento da quantia paga a maior.

Com essas considerações, *relembrando que a divergência manifestada nestes autos é restrita à fundamentação, peço respeitosa vênia à divergência para acompanhar o Voto do eminente Ministro Relator.*

RECURSO ESPECIAL N. 2.075.903-SP (2017/0161476-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Município de São Paulo
Procurador: Nathaly Campitelli Roque e outro(s) - SP162679
Recorrente: Pharmaceutical Research Associates Ltda
Advogado: Ives Gandra da Silva Martins e outro(s) - SP011178
Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Tributário. Recurso especial. ISSQN. Serviços de exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de produtos farmacêuticos, medicamentos e relacionados à saúde e correlatos. Contratação por empresa do exterior. Exportação de serviços. Não caracterização. Serviço executado dentro do território nacional. Aplicação do art. 2º, parágrafo único, da LC n. 116/03.

I - O feito decorre de ação em que se busca a anulação de autos de infração e declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher ISS sobre os serviços de exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações

para pessoa jurídica no exterior, visando a continuidade de pesquisas clínicas de medicamentos.

II - O Tribunal *a quo* anulou os autos de infração e declarou a inexistência da relação jurídico-tributária quanto à exportação de serviços prestados pela autora, entendendo que, embora tenham sido os serviços desenvolvidos no Brasil, a produção de resultados teria ocorrido no exterior.

III - Para resolver a questão entelada, faz-se necessário determinar se o resultado dos serviços prestados pela empresa nacional se verifica no país, ou somente no exterior.

IV - O tomador de serviços foi contratado para a realização de serviços específicos, e o resultado dos serviços que foram integralmente desenvolvidos no Brasil se relacionam ao próprio serviço, não havendo se falar em complementação no exterior dos serviços contratados. Nessa ordem de ideias, os resultados dos serviços são verificados pela própria empresa nacional, sindicando inclusive a sua conclusão visando a percepção da contraprestação ajustada. A fruição dos serviços é uma etapa que não diz respeito aos serviços realizados no país, mas à empresa estrangeira que, utilizando os serviços contratados, vai desenvolver o estudo clínico dos medicamentos.

V - Assim, verifica-se que os serviços realizados pelo recorrente, de forma integral no país, não sofrem exportação, uma vez que o resultado, este sim enviado para o exterior, é verificado no próprio país, em conformidade com a previsão do art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 116/2003. Precedentes: AgInt no AREsp n. 2.174.450/RS, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023 e REsp n. 831.124/RJ, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 15/8/2006, DJ de 25/9/2006, p. 239.

VI - Recurso especial do Município de São Paulo provido. Recurso especial de Pharmaceutical Research Associates Ltda. prejudicado.



ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso

do Município de São Paulo; julgar prejudicado o recurso de Pharmaceutical Research Associates Ltda., nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2023 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 15.8.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recursos especiais interpostos por Pharmaceutical Research Associates Ltda. e pelo Município de São Paulo, contra o acórdão abaixo ementado, *in verbis*:

Declaratória e anulatória de débito fiscal com pedido de antecipação de tutela. ISS Autos de infração abrangendo o período de janeiro de 2007 a dezembro de 2010. Exportação de serviços. Município de São Paulo. Pretensão de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária também para o exercício de 2011, 2012, período de janeiro a outubro de 2013 e exercícios futuros Hipótese de prestação de serviços para uma das sócias da prestadora de serviços sediada no exterior (pesquisa clínica de produtos farmacêuticos) Atividade cujo resultado não se verifica no Brasil Inteligência do art. 156, § 3º, II, da CF e art. 2º, parágrafo único da LC 116/03 - Sentença que julgou improcedente o pedido reformada em parte, rejeitada apenas a pretensão declaratória quanto aos exercícios futuros que compõem parte mínima do pedido Recurso provido em parte para esse fim, com inversão do ônus da sucumbência.

O feito decorre de ação em que se busca a anulação de autos de infração e declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher ISS sobre os serviços de exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações para pessoa jurídica no exterior.

No Juízo do primeiro grau, a tese do autor de que havia serviços exportados para o exterior foi afastada, tendo o julgador afirmado que “não há exportação de serviços quando o mesmo é desenvolvido no território nacional e aqui são verificados os resultados”, sendo por isso devido o tributo, uma vez que não estaria enquadrado na regra da imunidade prevista no art. 156, § 3º, II, da CF, que reconhece a imunidade tributário dos serviços de exportação.

Interposta apelação, sobreveio a decisão cuja ementa se encontra acima transcrita. No referido julgamento, foi afastada a alegação de cerceamento de defesa. Após, o Tribunal *a quo* anulou os autos de infração e declarou a inexistência da relação jurídico-tributária quanto à exportação de serviços prestados pela autora, dos exercícios de 2011 e 2012 e de janeiro a outubro de 2013. Para os exercícios futuros, o Tribunal entendeu que não seria possível declarar a inexigência do tributo, pois dependeria de comprovação da natureza do serviço prestado pela autora.

Entendeu o julgador, em suma, que, sendo os serviços desenvolvidos no Brasil, mas sem a produção de resultados, a exportação desses dados estaria de acordo com a previsão do art. 2º, *caput*, da LC n. 116/2003.

No seu recurso especial, o município aponta violação do art. 2º, parágrafo único, da LC n. 116/2003.

Sustenta, em suma, que deve prevalecer a corrente na qual se observa que a fruição, ou seja, o aproveitamento do produto decorrente da prestação de serviço pelo tomador no território estrangeiro, ocorra no exterior, sendo esse o efetivo resultado.

No recurso especial de Pharmaceutical Research Associates Ltda., o recorrente aponta violação do art. 2º da LC n. 116/2003, afirmando em suma, que é devido o reconhecimento do pedido também para as relações futuras, visando evitar que, nas operações continuativas praticadas pela recorrente, continue a ser desrespeitada a regra da imunidade constante do dispositivo tido como ofendido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Assiste razão ao recorrente.

O art. 2º da Lei Complementar n. 116/2003 está assim plasmado, *in verbis*:

Art. 2º O imposto não incide sobre:

I - as exportações de serviços para o exterior do País;

(...)

Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.

Para resolver a questão entelada, faz-se necessário determinar se o resultado dos serviços prestados pela empresa nacional se verifica no País, ou somente no exterior.

Rememora-se que os serviços prestados pela recorrente são os de exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de produtos farmacêuticos, medicamentos e relacionados à saúde e correlatos.

O resultado desses serviços é enviado para o exterior para que a empresa estrangeira, utilizando tais dados, deem prosseguimento ao desenvolvimento clínico dos medicamentos.

Ora, o tomador de serviços foi contratado para a realização de serviços específicos conforme acima enumerado, e o resultado dos serviços que foram integralmente desenvolvidos no Brasil se relaciona ao próprio serviço, não havendo se falar em complementação no exterior dos serviços contratados.

Nessa ordem de ideias, os resultados dos serviços são verificados pela própria empresa nacional, sindicando inclusive a sua conclusão visando a percepção da contraprestação ajustada.

A fruição dos serviços é uma etapa que não diz respeito aos serviços realizados no país, mas à empresa estrangeira que, utilizando os serviços contratados, vai desenvolver o estudo clínico dos medicamentos.

Assim, verifica-se que os serviços realizados pelo recorrente, de forma integral no país, não sofrem exportação, uma vez que o resultado, este sim enviado para o exterior, é verificado no próprio país, em conformidade com a previsão do art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 116/2003.

Sobre o assunto, destaquem-se os seguintes precedentes:

Processual Civil. Tributário. Agravo interno em agravo em recurso especial. Violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC. Não ocorrência. Inconformismo. Fornecimento de combustível. Embarcação estrangeira. ISS. Incidência.

1. Inexiste a alegada violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC, visto que o Tribunal de origem efetivamente enfrentou a questão levada ao seu conhecimento, qual seja, a não incidência tributária do ISS por entender a parte autora, ora agravante, que "o serviço por ela prestado se encontra sob o amparo da imunidade (*sic* - isenção) estabelecida no artigo 2º, inciso I e parágrafo único, da Lei Complementar n. 116/03, quer seja pela caracterização da operação de exportação, quer seja pela verificação do resultado no exterior".

2. O inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional. Precedentes.

3. O acórdão se alinha à reiterada jurisprudência do STJ que reconhece a inviabilidade de admitir a ocorrência de exportação do serviço (e consequentemente declarar a inexigibilidade da exação à luz do previsto no art. 2º, I, da Lei Complementar n. 116/2003), quando seu resultado ocorre no território nacional, a teor do elemento trazido no parágrafo único do mesmo artigo.

4. Não tem qualquer influência a discussão a respeito de o navio ser extensão do território estrangeiro ou de que o frete dos combustíveis visam abastecer as embarcações para que possam retornar ao seu porto de origem, porquanto facilmente evidenciado que o serviço foi prestado no território nacional, o que legitima a incidência do ISS. Precedentes específicos: REsp n. 1.805.226/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/11/2021; AREsp n. 323.998/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 15/6/2018. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 2.174.450/RS, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.)

Tributário. Recurso especial. ISSQN. Mandado de segurança preventivo. Serviço de retífica, reparo e revisão de motores e de turbinas de aeronaves contratado por empresa do exterior. Exportação de serviços. Não-caracterização. Serviço executado dentro do território nacional. Aplicação do art. 2º, parágrafo único, da lei n. LC 116/03. Ofensa ao art. 535 do CPC repelida. Ausência de prequestionamento de dispositivos legais. Súmulas 282/STF e 211/STJ.

1. Tratam os autos de mandado de segurança preventivo impetrado por *GE Celma Ltda.* com a finalidade de obstar eventual ato do Secretário Municipal de Fazenda de Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, que importe na cobrança de ISSQN sobre prestação de serviços consubstanciada em operações de retificação, reparo e revisão de motores e turbinas de aeronaves, contratadas por empresas aéreas do exterior. Sentença denegou a segurança. Apelação da impetrante, tendo o TJRJ negado-lhe provimento ao entendimento de que: a) o mandado de segurança não alberga pedido genérico; b) não é inconstitucional a regra posta na LC 116/03, tendo incidência o disposto no seu art. 2º. Recurso especial apontando violação dos seguintes preceitos legais: arts. 535, I e II, 282 e 283 do CPC;

arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51; art. 2º, I, da LC n. 116/03. Sustenta que: a) o acórdão é nulo, haja vista não ter suprido as omissões argüidas mesmo após a oposição dos embargos de declaração, mais especificamente em relação à violação dos arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51, 282 e 283 do CPC, bem assim quanto à diferenciação entre o local da prestação dos serviços e o do resultado dos serviços, critério esse eleito pela LC n. 116/03; b) o decisum é nulo por omissão quanto à adequação da via eleita, deixando de formular fundamento que legitimaria tal conclusão; c) a assertiva contida no acórdão recorrido (pedido genérico) é manifestamente contrária às provas pré-constituídas que acompanharam a exordial do mandado de segurança, sendo conflitante com o disposto nos arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51.

Igualmente se diga do disposto nos arts. 282 e 283 do CPC; d) embora o serviço de retífica de motores seja realizado no território nacional (local da prestação), trata-se de efetiva exportação de serviços, tal qual tratada pelo art. 2º, inciso I, da LC 116/03, na medida em que a prestação de serviços somente se conclui com o pagamento dos valores devidos que, por conseguinte, apenas se perfaz quando os clientes verificam o resultado do serviço encomendado. Interposto concomitantemente recurso extraordinário.

Ambos os apelos não foram admitidos, tendo sido manejados agravos de instrumentos para o STJ e STF. O agravo dirigido a esta Corte foi provido.

2. O recurso não merece ser conhecido pela alegada violação dos arts. 282 e 283 do CPC e 1º e 6º da Lei n. 1.533/51, pois não foram prequestionados na instância de origem, não havendo sido objeto de debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração, houve pronunciamento a respeito deles, hipótese que atrai a incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

3. Ausência de violação do art. 535, I e II, do CPC: a) quanto à primeira questão (omissão quanto os arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51, e 282 e 283 do CPC) verifica-se que não houve manifestação a respeito de tais preceitos porque utilizou-se o acórdão da apelação de fundamentação diversa para sustentar a assertiva de que o mandado de segurança continha imprecisão do pedido, entendendo-o genérico e estranho ao conteúdo preventivo da impetração (fl. 443 e fl. 455).

Não se trata, pois, de omissão a ausência de manifestação sobre o teor desses dispositivos legais. O aresto recorrido abordou os pontos necessários à composição da lide, oferecendo conclusão conforme a prestação jurisdicional solicitada; b) em relação ao segundo questionamento (ausência de diferenciação entre o local da prestação dos serviços e o local do resultado dos serviços), também não se constata situação omissiva, pois, embora não fazendo essa discriminação, o aresto recorrido reportou-se ao pronunciamento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que se manifestou a respeito; c) por último, quanto à inadequação da via eleita, constata-se que o Tribunal manifestou-se quando entendeu que o mandado de segurança seria via imprópria para formular pedido genérico. O parecer do *Parquet* foi além e opinou pela extinção do processo sem julgamento de mérito. Porém, a Corte, apesar de adotar a manifestação do Ministério Público, passou ao exame do mérito da segurança, não resultando prejuízo para a recorrente em relação à preliminar. Assim, não constatados os vícios elencados no art. 535 do CPC, nega-se provimento ao apelo nesse aspecto.

4. Nos termos do art. 2º, inciso I, parágrafo único, da LC 116/03, o ISSQN não incide sobre as exportações de serviços, sendo tributáveis aqueles desenvolvidos dentro do território nacional cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior. *In casu*, a recorrente é contratada por empresas do exterior e recebe motores e turbinas para reparos, retífica e revisão. Inicia, desenvolve e conclui a prestação do serviço dentro do território

nacional, exatamente em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, e somente depois de testados, envia-os de volta aos clientes, que procedem à sua instalação nas aeronaves.

5. A Lei Complementar 116/03 estabelece como condição para que haja exportação de serviços desenvolvidos no Brasil que o resultado da atividade contratada não se verifique dentro do nosso País, sendo de suma importância, por conseguinte, a compreensão do termo “resultado” como disposto no parágrafo único do art. 2º.

6. Na acepção semântica, “resultado” é consequência, efeito, seguimento. Assim, para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, ele não poderá aqui ter consequências ou produzir efeitos. A contrário senso, os efeitos decorrentes dos serviços exportados devem-se produzir em qualquer outro País. É necessário, pois, ter-se em mente que os verdadeiros resultados do serviço prestado, os objetivos da contratação e da prestação.

7. O trabalho desenvolvido pela recorrente não configura exportação de serviço, pois o objetivo da contratação, o resultado, que é o efetivo conserto do equipamento, é totalmente concluído no nosso território. É inquestionável a incidência do ISS no presente caso, tendo incidência o disposto no parágrafo único, do art. 2º, da LC 116/03: “Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.”

8. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido.

(REsp n. 831.124/RJ, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 15/8/2006, DJ de 25/9/2006, p. 239.)

No precedente acima referido, a discussão é exatamente a mesma, ou seja, se a conclusão dos serviços prestados integralmente no Brasil, embora sejam utilizados para outro resultado no exterior, caracteriza resultado para a finalidade constante do parágrafo único do art. 2º da LC n. 116/03: “Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.”

Extrai-se do julgado o seguinte trecho:

No caso examinado, verifica-se que a recorrente é contratada por empresas do exterior e recebe motores e turbinas para reparos, retífica e revisão. Inicia, desenvolve e conclui a prestação de todo o serviço para o qual é contratada dentro do território nacional, exatamente em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, e somente depois de testados, envia-os de volta aos clientes, que procedem à instalação nas aeronaves.

Importante observar que a empresa não é contratada para instalar os motores e turbinas após o conserto, hipótese em que o serviço se verificaria no exterior,

mas, tão-somente, conforme já posto, é contratada para prestar o serviço de reparos, retífica ou revisão.

Portanto, o trabalho desenvolvido não configura exportação de serviço, pois o objetivo da contratação, ou seja, o seu resultado, que é o efetivo conserto do equipamento, é totalmente concluído no território brasileiro.

Não há configuração de hipótese em que a atividade é executada no exterior, sendo inquestionável a incidência do ISS no presente caso.

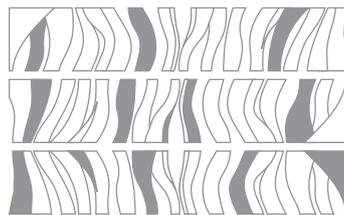
Tem aplicação, portanto, o disposto no parágrafo único, do art. 2º, da LC 116/03: “Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.”

Também na hipótese dos autos, os serviços foram integralmente concluídos no Brasil, ou seja, serviços de exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de produtos farmacêuticos, medicamentos e relacionados à saúde e correlatos.

Concluídos os serviços e verificados os seus resultados para envio ao exterior, tem-se a previsão do referido parágrafo único do art. 2º da LC n. 116/03, determinando a incidência do ISS.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial do Município de São Paulo para restaurar integralmente a sentença do primeiro grau, pela improcedência da ação anulatória. Julgo prejudicado o recurso especial de Pharmaceutical Research Associates Ltda.

É o voto.



Segunda Seção

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
N. 1.542.609-RS (2019/0201364-3)**

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Relator para o acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão

Embargante: Alaides Grassi Castelani

Embargante: Irineu Castelani

Advogados: Ceres Linck dos Santos e outro(s) - RS046686

Juarez Giacobbo de Souza e outro(s) - RS070552

Jose Euclesio dos Santos - RS011888

Embargado: Miguel Farias da Costa - Espólio

Embargado: Idelcia da Silva Costa - Espólio

Repr. por: Maria de Lourdes Costa da Silva - Inventariante

Advogado: Claudio Maciel Bertoldi - RS034512

EMENTA

Embargos de divergência no agravo em recurso especial. Ação possessória e ação petítória. Interrupção da prescrição punitiva. Inexistência de similitude fática entre os acórdãos confrontados. Não conhecimento.

1. Os embargos de divergência têm como pressuposto de admissibilidade a existência de similitude fática entre os arestos confrontados, não se prestando à mera revisão do acerto do acórdão embargado. Não se configura o dissídio entre acórdãos que partem de diferentes premissas fáticas para o exame da tese suscitada.

2. Na hipótese, o acórdão embargado confirmou a tese de que a citação na ação possessória julgada improcedente ou extinta sem resolução do mérito não é capaz de interromper o prazo para a aquisição da propriedade (usucapião). Além disso, o referido acórdão analisou a capacidade de a citação, na ação petítória, interromper o prazo prescricional para aquisição da propriedade pela usucapião.

3. Já os acórdãos apontados como paradigmas julgaram apenas a incapacidade de a citação na ação possessória – e não na ação petítória

– interromper o curso do prazo da prescrição aquisitiva, quando julgada improcedente ou extinta.

4. Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, por maioria, não conhecer dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Relatora, Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão pelo não conhecimento dos embargos de divergência os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Pediu preferência pelos Embargantes Alaidés Grassi Castelani e Irineu Castelani o Dr. Juarez Giacobbo de Souza.

Brasília (DF), 22 de março de 2023 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator p/ Acórdão

DJe 24.5.2023

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de embargos de divergência opostos por *Alaidés Grassi Castelani* e *Irineu Castelani*, contra acórdão proferido pela Quarta Turma do STJ.

Embargos de divergência interpostos em: 22/7/2019.

Ação: reivindicatória, ajuizada pelo Espólio de Miguel Farias da Costa e Idelcia da Silva Costa, em face dos ora embargantes, pretendendo a restituição da posse de imóvel urbano no município de Imbé/RS, sob a alegação de que o bem foi adquirido ainda em vida pelos autores, mediante escritura pública de compra e venda.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para: a) determinar que a parte autora, ora embargada, seja imitada na posse do imóvel descrito na inicial, reavendo a sua propriedade dos injustos possuidores, autorizada a retenção de benfeitorias realizadas até 16/05/1996; e b) condenar os réus, ora embargantes, ao pagamento de aluguéis pela utilização do imóvel, desde 25/07/2007 até sua efetiva entrega aos autores, a ser apurado em liquidação de sentença, possibilitada a compensação.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pelos embargantes, nos termos da seguinte ementa:

Ação reivindicatória. Título dominial devidamente comprovado. Exceção de usucapião alegada em defesa. Ausência de lapso prescricional hábil à aquisição do domínio. Anterior ação de reivindicação que teve o condão de interromper o prazo da usucapião. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido.

1. Para o autor de demanda reivindicatória basta a demonstração da existência de propriedade regular e a privação da posse do bem.

2. No contexto de demanda reivindicatória, posse injusta é aquela que não decorre de título jurídico hábil, tal como a existência de contrato de locação, comodato ou exceção de usucapião, por exemplo.

3. Quem alega exceção de usucapião como matéria de defesa, tem o ônus de provar a existência de posse *ad usucapionem* pelo lapso de tempo suficiente para a aquisição do domínio.

4. Ainda que simples contestação dos proprietários em demanda contra eles ajuizada pelo interessado na usucapião não tenha eficácia interruptiva do prazo prescricional, fato que os proprietários moveram anterior ação de reivindicação. Embora extinta sem julgamento de mérito, tendo havido citação e contestação tal fato tem condão de interromper o prazo prescricional para a usucapião.

(fls. 317)

Embargos de declaração: opostos pelos embargantes, foram acolhidos, em parte, para sanar contradição do acórdão acerca da interrupção da prescrição e o marco temporal relativo à indenização das benfeitorias.

Recurso Especial: interposto pelos embargantes, aduzindo violação ao art. 550 do Código Civil de 1916 e ao art. 219 do Código de Processo Civil de 1973, argumentando, em síntese, que: a) o anterior ajuizamento de ação reivindicatória pelo recorrido *Espólio de Miguel Farias da Costa* não teve o condão de interromper o prazo da usucapião, pois o processo foi extinto sem resolução do mérito; e b) o marco para a indenização das benfeitorias deve ser a

data em que proposta a anterior ação reivindicatória pelos recorridos, porquanto, segundo o acórdão recorrido, foi quando cessou a posse mansa e pacífica dos recorrentes.

Prévio juízo de admissibilidade: o recurso foi inadmitido pelo TJ/RS, o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial.

Acórdão embargado: manteve a decisão unipessoal do Relator que negou provimento ao agravo em recurso especial, conforme a ementa a seguir:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação reivindicatória. Interrupção do prazo prescricional. Usucapião. Matéria que demanda reexame de provas. Sumula 7 do STJ. Acórdão em sintonia com o entendimento firmado no STJ. Súmula 83 desta Corte. Agravo interno não provido.

1. A decisão da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência firmada pela Segunda Seção do STJ, no sentido de que “se a ação proposta pelo proprietário visa, de algum modo, à defesa do direito material, deve-se reputar interrompido o prazo prescricional a partir da citação verificada nesse processo”. Precedentes.

2. Ademais, consoante ressaltado pelo eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira em seu voto-vista, “[a] ação possessória extinta sem a resolução do mérito – ou ainda aquela julgada improcedente – não implica reconhecer a interrupção do prazo para a aquisição da propriedade (usucapião) pois é certo que, em tais circunstâncias (extinção ou improcedência), nenhuma influência exerce sobre as relações jurídicas que versam sobre a propriedade (domínio) do bem imóvel usucapiendo. (...) Na ação petítória fundada na propriedade do bem, contudo, a discussão recai precisamente sobre o domínio do imóvel, qualificando oposição que interrompe o fluxo do prazo legal. Nessa hipótese, o mero ajuizamento e a citação do réu para comparecer em juízo faz litigiosa a propriedade da coisa (CPC/1973, art. 219; CPC/2015, art. 240) e põe *sub judice* o direito do possuidor à aquisição do domínio”.

3. As conclusões da Corte Estadual sobre a não caracterização da usucapião, não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno não provido.

Embargos de divergência: aduzem divergência entre o acórdão embargado e precedentes paradigmas da Terceira Turma (REsp 1.584.447/MS, AgRg no REsp 944.661/MG e REsp 149.186/RS), sustentando, em síntese, que ação petítória julgada extinta sem resolução do mérito não é capaz de interromper o prazo para a usucapião.

Parecer do MPF: pugna pelo provimento dos embargos de divergência.

Em Decisão de fl. 801 admiti os embargos de divergência, nos termos do art. 267 do RISTJ.

É o relatório.

O propósito dos embargos de divergência consiste em dizer se ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito é capaz de interromper o prazo para a usucapião.

1. Dos requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência

1. Os embargantes trazem à colação os seguintes julgados, a título de divergência jurisprudencial interna nesta Corte Superior:

A) REsp 1.584.447/MS, Terceira Turma, DJe 12/03/2021

Ação: reivindicatória ajuizada pelos então recorridos com o intuito de reaver imóvel sobre o qual alegavam possuir direito de propriedade advindo de anterior arrematação. Em contestação, sustentou-se a caracterização da usucapião do bem.

O ponto central da controvérsia consistia em dizer se o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião havia sido interrompido por anterior ação de imissão na posse - que possui natureza petítória - extinta sem resolução de mérito.

Acórdão: deu provimento ao recurso especial, ao fundamento de que o julgamento de improcedência ou extinção sem resolução de mérito de ação possessória ou petítória não interrompe o prazo para a aquisição de imóvel por usucapião.

B) AgRg no REsp 944.661/MG, Terceira Turma, DJe 20/08/2013

Ação: reivindicatória ajuizada pelos então agravantes com o intuito de reaver bem imóvel. Em contestação, sustentou-se a caracterização da usucapião do bem.

O ponto central da controvérsia consistia em dizer se o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião havia sido interrompido por anterior ação de reintegração de posse ajuizada pelos autores.

Acórdão: negou provimento ao agravo regimental, ao fundamento de que “a ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião”.

C) *REsp 149.186/RS, Terceira Turma, DJ 19/12/2003*

Ações: de usucapião e reivindicatória.

O ponto central da controvérsia consistia em dizer se o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião havia sido interrompido por anterior ação de reintegração de posse.

Acórdão: negou provimento ao recurso especial, ao fundamento de que “a improcedência da possessória impede o efeito interruptivo da citação”.

2. Na linha do art. 1.043, § 4º, do CPC/15 e do art. 255, § 1º, do RISTJ, aos embargos de divergência importa mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

3. Nesse contexto, é suficiente à demonstração da divergência o relato da crise de direito material existente entre as partes litigantes e a respectiva pretensão envolvida, cujo conteúdo se identifica também em outros processos.

4. Analisados os acórdãos apontados como divergentes, verifica-se que há identidade na base fática controvertida com relação ao julgamento do REsp 1.584.447/MS, pela Terceira Turma.

5. De fato, neste precedente, discutiu-se, como nos presentes autos, se uma ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito seria capaz de interromper o prazo para a usucapião.

6. No particular, estão presentes as circunstâncias que identificam os casos confrontados, pois a controvérsia reside precisamente em determinar se ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito é apta a interromper o prazo para a aquisição originária da propriedade imobiliária pela usucapião.

7. Assim, importa decidir o mérito do presente recurso, pois existem duas soluções divergentes nesta Corte: a) de um lado, acórdão da Terceira Turma que perfilhou o entendimento de que ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não é capaz de interromper o prazo para a usucapião; e b) de outro lado, o acórdão embargado da Quarta Turma em que se fixou a tese segundo a qual o mero ajuizamento de ação petítória seria suficiente para interromper o prazo para a usucapião.

8. Presente a divergência entre as Turmas que compõe a Seção de Direito Privado, deve ser julgada a controvérsia pela Segunda Seção do STJ, na forma do art. 12, parágrafo único, I, do RISTJ.

2. Da solução da divergência jurisprudencial

2.1. A jurisprudência atual e dominante do STJ

9. De início, deve-se consignar que está superada pela jurisprudência de ambas as Turmas que compõe a Segunda Seção o entendimento exarado no acórdão embargado, fixado com base no REsp 54.788/SP, no sentido de que, para efeitos de interrupção do prazo para usucapião, seria irrelevante a distinção entre ação cujo pedido é julgado procedente e ação cujo pedido é julgado improcedente.

10. Com efeito, atualmente, é pacífico o entendimento no sentido de que a ação possessória, *cujos pedidos foram julgados improcedentes*, não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião. Nesse sentido: REsp n. 1.584.447/MS, Terceira Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 12/3/2021; REsp 1.361.226/MG, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018; AgRg no REsp 1.010.665/MS, Quarta Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 21/10/2014; AgRg no REsp 944.661/MG, Terceira Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013; REsp 941.464/SC, Quarta Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012; REsp 1.088.082/RJ, Quarta Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 15/03/2010; AR n. 440/SP, Segunda Seção, julgado em 24/8/2005, DJ de 3/10/2005, p. 114; REsp 149.186/RS, Quarta Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 19/12/2003, p. 466; REsp 10.385/PR, Terceira Turma, julgado em 11/05/1999, DJ 14/06/1999, p. 185; REsp n. 84.760/SP, Terceira Turma, julgado em 21/5/1996, DJ de 19/8/1996, p. 28.474; REsp 8.150/ES, Quarta Turma, julgado em 23/03/1993, DJ 17/05/1993, p. 9.338.

11. Não destoa a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, quando ainda competente para julgar a matéria. Cita-se, exemplificativamente: RE 77.298, Primeira Turma, julgado em 10/12/1974, DJ 11-04-1975 p. 2.305.

12. Isso não bastasse, no próprio voto-vista proferido pelo e. Min. Antonio Carlos Ferreira e que compõe o acórdão embargado, consta, expressamente, que o julgamento de improcedência de eventual ação possessória impede a interrupção do prazo da usucapião. Veja:

A jurisprudência deste Tribunal Superior é assente em afirmar que a *citação efetuada em ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo*

para a prescrição aquisitiva. Cito, em acréscimo do precedente referido pelos agravantes em suas razões, os seguintes julgados (...)

(fl. 735)

13. Em mais de uma oportunidade, esta Corte Superior apontou, expressamente, a superação daquele entendimento: AgRg no REsp n. 1.010.665/MS, *Quarta Turma*, julgado em 16/10/2014, DJe de 21/10/2014; AgRg no REsp 944.661/MG, *Terceira Turma*, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013.

14. Assim, importa assentar, desde logo, que, ao contrário do que restou consignado no acórdão embargado, a jurisprudência dominante desta Corte Superior leva em consideração, para analisar a interrupção do prazo da usucapião, o fato de a ação ajuizada para obstar a aquisição originária ter ou não sido julgada procedente.

2.2. Ações petitorias e a interrupção do prazo para usucapião

15. O ponto central da presente controvérsia consiste em determinar se idêntico entendimento fixado para as ações possessórias deve ser aplicado também às ações reivindicatórias, que possuem natureza petitoria.

16. Em síntese, importa verificar se a ação reivindicatória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito é capaz de interromper o prazo para a usucapião.

17. A usucapião, como cedição, é o modo originário de aquisição de propriedade “que se funda, essencialmente, na posse, por tempo prolongado. Por meio dela, transforma-se uma situação de fato em direito. Justifica-se pela natural preocupação de eliminar a incerteza nas relações jurídicas fundamentais, como a propriedade: ‘para que os direitos de propriedade das coisas não fiquem na incerteza’ (*ne rerum dominia in incerto essent* - Gaio, D. 41, 3, 1)” (MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 9. ed. rev. atual. e compl. São Paulo: YK Editora, 2019, p. 120).

18. Do exame das várias espécies de usucapião exsurge a conclusão de que é requisito comum a todas elas a configuração da denominada posse *ad usucapionem*, isto é, da posse contínua, incontestada, mansa e pacífica com a intenção de ter a coisa como dono (Cf. PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014).

19. De fato, extrai-se dos dispositivos legais que preveem as diversas espécies de usucapião (Arts. 1.238, 1.239, 1.240, 1.242, do CC/2002; Arts. 183 e 191, da CF; e Arts. 9º e 10 do Estatuto da Cidade) que a posse apta a

ensejar a aquisição originária da propriedade deve ser exercida sem oposição, incontestadamente.

20. Isso significa dizer que, desaparecendo a posse ou perdendo esta as referidas características, o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião será interrompido.

21. Em suma, a posse *ad usucapionem* “deve ser exercida sem que haja oposição ou contestação de terceiros (proprietário ou não), não podendo haver por parte do possuidor coação, ameaça ou uso de força para se manter no bem” (LANDEIRO, Guilherme Caldeira. Usucapião judicial e extrajudicial (aspectos materiais e processuais) In MAZZEI, Rodrigo; PIAU, Layanna (Coords.). *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 160).

22. Daí porque a jurisprudência desta Corte Superior assentou o entendimento, como já afirmado, de que eventual *ação possessória* só teria o condão de interromper o prazo da usucapião *se o pedido for julgado procedente*.

23. Com efeito, nessa hipótese, ocorre a perda do caráter incontestado da posse, que deixa de possuir aptidão de conduzir à aquisição da propriedade, incidindo o disposto no inciso I, do art. 202 do CC/2002, aplicável à usucapião por força do art. 1.244 do mesmo Código, *verbis*:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

24. Nas palavras de Pontes de Miranda, “a oposição tira à posse a qualidade de elemento do suporte fático para a incidência daquelas regras jurídicas [da usucapião]. É o requisito da pacificidade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das coisas, propriedade*. t. 11. Atual. por Luiz Edson Fachin. São Paulo: RT, 2012, p. 217).

25. Nessa hipótese, com o trânsito em julgado, opera-se a interrupção do prazo da usucapião com efeito *ex tunc*, desde a data da propositura da ação, nos termos do art. 202, I, do CC/2002 interpretado, sistematicamente, com o art. 240, § 1º, do CPC/2015 (correspondente ao art. 219, § 1º, do CPC/1973).

26. Por outro lado, se o pedido da ação possessória for julgado improcedente ou se a ação for extinta sem resolução de mérito, não houve, a rigor, verdadeira contestação à posse, que permaneceu hígida e capaz de conduzir à aquisição da propriedade pela usucapião.

27. Entendimento diverso significaria atribuir a toda e qualquer ação ajuizada contra os usucapientes, mesmo aquelas mais temerárias ou ajuizadas por mera emulação, a aptidão de interromper o prazo da usucapião, o que seria fonte de indúvidas injustiças e de insegurança jurídica.

28. Não compete ao Ordenamento Jurídico tutelar demandas e atos jurídicos temerários que tenham como único objetivo interromper o prazo para a aquisição originária da propriedade. (Cf. ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 146).

29. Ademais, não seria lógico ou razoável considerar que uma ação vencida pelo próprio usucapiente pudesse lhe prejudicar, representando obstáculo à aquisição da propriedade.

30. Nesse sentido, é a doutrina especializada:

A citação, que tenha sido feita, poderá deixar de produzir efeito, não interrompendo, destarte, a prescrição, nas seguintes hipóteses: a) se não for fundamentada; b) se for nula; c) se for acusada em juízo; d) se o autor desistir da ação; e) se a ação afinal for julgada improcedente.

[...]

A citação deixará de ser eficaz para o efeito de interromper a prescrição no caso de ser a demanda, afinal, julgada improcedente. Se a ação contra o possuidor (petitória, possessória, divisória etc.) for julgada improcedente, a prescrição não se considerará interrompida pela citação. *A interrupção da prescrição através da citação só se perfaz se a ação é julgada procedente. Se assim não fosse, qualquer um que intentasse ação, mesmo por emulação, estaria impedindo o curso da prescrição, inclusive destituída de **fumus juris**.*

(RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134-135) [g.n.]

31. Idêntico entendimento merece ser aplicado às ações petitórias em geral e à ação reivindicatória em particular.

32. Com efeito, a ação reivindicatória, espécie de ação petitória, “é a ação do proprietário que haja perdido a posse injustamente contra aquele que detém a posse do bem. Trata-se de ação executiva, cujo objeto do pedido é a entrega do bem. A ação de reivindicação tem pressupostos objetivos, independendo da presença de comportamento ilícito do possuidor ou detentor. Basta que detenha a posse de coisa alheia para potencialmente ser réu numa demanda dessa natureza.” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014).

33. Observa-se, desse modo, que a ação reivindicatória também almeja a retomada da posse, mas com base no direito de propriedade. A distinção entre as ações possessórias e as petitórias reside, portanto, na causa de pedir. Enquanto na ação possessória a causa de pedir é o *exercício da posse (ius possessionis)*, na ação reivindicatória, é o *direito à posse* com fundamento na qualidade de proprietário (*ius possidendi*) (Cf. MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil In MAZZEI, Rodrigo; PIAU, Layanna (Coords.). *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 286).

34. Dessa forma, assim como ocorre nas ações possessórias, o julgamento de improcedência do pedido ou a extinção sem resolução de mérito da ação reivindicatória não possui o condão de interromper o prazo para usucapião, uma vez que, nessa hipótese, *não houve verdadeiro fim do caráter contínuo, incontestado, manso e pacífico da posse*.

35. Diante deste ponto fundamental em comum, é forçoso concluir que as mesmas razões lançadas por esta Corte Superior para afastar a interrupção do prazo da usucapião na hipótese de ação possessória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução de mérito amoldam-se, à perfeição, à hipótese da ação reivindicatória – e das demais ações petitórias –, merecendo ser prestigiada a vetusta regra de hermenêutica segundo a qual “ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo” (“onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito”).

36. Em âmbito doutrinário, esta é a posição perfilhada por Pontes de Miranda, segundo o qual a ação petitória, assim como a possessória, somente interrompe o prazo da usucapião *se o pedido for julgado procedente, verbis*:

4. *Interrupção*. - O art. 172 incide em matéria de usucapião, por força dos arts. 553 e 619, parágrafo único. A espécie mais vulgar de interrupção é a perda da posse, porque os arts. 550, 551, 618 e 619 somente admitem como elemento do suporte fático das suas regras jurídicas a posse contínua (= ininterrupta). Fora daí, interrompe o curso do prazo prescricional a citação. **Mas a citação somente interrompe se a ação possessória ou petitória vem a ser julgada procedente.**

[...]

A citação na ação de reivindicação interrompe, salvo se foi nula por vício de forma (exceto por incompetência de juízo), se “perempta a instância, ou a ação” (art. 175), cabendo aqui o que expusemos no Tomo VI, a propósito de interrupção da prescrição, ou se o autor desiste da ação, ou se a ação é afinal julgada improcedente. A petição inepta não dá ensejo a citação que interrompa.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das coisas, propriedade*. t. 11. Atual. por Luiz Edson Fachin. São Paulo: RT, 2012, p. 215-217) [g.n.]

37. No mesmo sentido, é a lição do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, *verbis*:

Uma das razões justificativas da prescrição é a inercia do proprietário durante o lapso de tempo marcado. Se, pois, o proprietário, antes de terminado aquele prazo, entra em actividade e intenta reivindicar judicialmente o seu direito, desaparece o pressuposto da lei: a prescrição se reputa interrompida. *É a interrupção civil, a qual se opera:*

1º Pela citação inicial do possuidor para reivindicação da cousa sujeita á prescrição.

A citação deixa de ser efficaz para o dito effeito:

[...]

f) Se a acção afinal é julgada improcedente

(PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Cousas*. 2. ed. emendada. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1905, p. 177-178) [g.n.]

38. Não é outro o entendimento uníssono da doutrina contemporânea. Cita-se, exemplificativamente: RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134-135; ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 143 e ss.; TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil: direitos reais*. v. 5. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022; VIANA, Marco Aurelio S. *In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Novo Código Civil: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510*. v. 16. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 146; LOUREIRO, Francisco Eduardo *In PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007, p. 1.079; BENACCHIO, Marcelo *In NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1631; LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Coisas*. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021; ALMEIDA, Rodolfo Felix. *Da aquisição por usucapião* *In ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia (Coords.). Dos Direitos Reais*. Recife: Nossa Livraria, 2014, p. 238.

39. Por fim, importa consignar que não impressiona o argumento no sentido de que as ações reivindicatórias possuiriam o condão de interromper o prazo da usucapião ainda que julgadas improcedentes ou extintas sem resolução do mérito por terem como objeto de discussão o próprio direito de propriedade.

40. De fato, como já afirmado, também nas ações reivindicatórias almeja-se a restituição da posse do bem, ainda que o fundamento da pretensão seja a prova do direito de propriedade.

41. Assim, de modo análogo ao que se verifica nas ações possessórias, se o pedido da ação petítória for julgado improcedente ou se a ação for extinta sem resolução de mérito, não há como atestar se o seu autor, vencido na demanda, era de fato o proprietário do bem que almejava a defesa do seu direito de propriedade.

42. Entendimento diverso “não encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já manifestou entendimento no sentido de não ser toda e qualquer resistência do proprietário apta a configurar a interrupção da prescrição aquisitiva” (REsp n. 1.584.447/MS, Terceira Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 12/3/2021).

43. Com efeito, “[a] interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente poderia ocorrer na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo conseguisse reaver a posse para si” (REsp n. 1.361.226/MG, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 9/8/2018).

44. Em suma, não basta, para fins de interrupção do prazo da usucapião, o ajuizamento de qualquer ação visando o reconhecimento do direito que está em vias de ser adquirido originariamente – na hipótese, o direito de propriedade –, porquanto é indispensável o julgamento de procedência dos pedidos formulados nesta ação, com o efetivo reconhecimento do direito.

45. Como já afirmado para as ações possessórias, deve-se advertir para a insegurança jurídica que seria instaurada se toda e qualquer ação petítória, independentemente de seu resultado, fosse capaz de interromper o prazo para a usucapião. Estariam abertas as vias para um sem-número de ações emulativas e temerárias, com a chancela do Poder Judiciário, o que, rogando as mais respeitadas vênias, não se pode admitir.

46. Ante todo o exposto, na linha do acórdão paradigma proferido no julgamento do REsp 1.584.447/MS e da uníssona doutrina nacional, conclui-se que *a ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.*

3. *Da hipótese dos autos*

47. Na hipótese dos autos, alegam os embargantes que exercem posse *ad usucapionem* sobre o bem objeto da presente demanda desde o ano de 1984.

48. Conforme se extrai do acórdão exarado pelo TJRS, os embargados ajuizaram uma primeira ação reivindicatória em 2000, que foi extinta sem resolução de mérito em 27/2/2004 (fl. 434).

49. A presente ação reivindicatória, por sua vez, foi ajuizada em 30/6/2006 pelos embargados. Em contestação, os réus opuseram exceção de usucapião, sustentando a caracterização da usucapião extraordinária, que, a teor do 550 do CC/1916, submetia-se ao prazo de 20 anos.

50. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para: a) determinar que a parte autora, embargada, fosse imitada na posse do imóvel descrito na inicial, reavendo a sua propriedade dos injustos possuidores, autorizada a retenção de benfeitorias realizadas até 16/05/1996; e b) condenar os réus, embargantes, ao pagamento de aluguéis pela utilização do imóvel, desde 25/07/2007 até sua efetiva entrega aos autores, a ser apurado em liquidação de sentença, possibilitada a compensação.

51. O e. TJRS, por sua vez, negou provimento ao recurso de apelação dos réus, mantendo a sentença, ao fundamento de que a ação reivindicatória ajuizada no ano de 2000, mesmo julgada extinta sem resolução de mérito, haveria interrompido o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião, *verbis*:

Igualmente não há que se falar em usucapião extraordinária, pois no ano de 2000, o espólio de Miguel Farias da Costa havia ingressado com ação de reivindicação de posse contra os ora réus (fís. 68), que foram citados e contestaram a demanda. *Embora a mesma tenha sido extinta sem julgamento de mérito, forte no art. 267, VI, do CPC (fl. 75), em 27.02.2004, fato é que a citação dos réus para aquela demanda, no primeiro semestre de 2000, teve o condão de interromper a prescrição vintenária.*

Pouco mais de dois anos após aquela sentença, os autores ajuizaram a presente ação reivindicatória.

Percebe-se, assim, que os requeridos jamais tiveram posse mansa e pacífica pelo lapso de tempo necessário para aquisição do domínio via usucapião.

(fl. 434)

52. Assim, merece reforma o acórdão estadual, porquanto a ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.

53. Afastada a interrupção do prazo e não sendo possível extrair dos fatos delineados pela Corte de origem o termo inicial do exercício da posse *ad usucapionem* pelos embargantes, impõe-se o retorno dos autos às instâncias ordinárias para que se verifique a configuração dos requisitos da usucapião extraordinária suscitada pelos réus.

4. Do dispositivo

Forte nessas razões, *conheço e dou provimento* aos embargos de divergência, para, em linha com o acórdão paradigma do REsp 1.584.447/MS, conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos às instâncias ordinárias para que se verifique a configuração dos requisitos da usucapião extraordinária suscitada pelos réus, afastada a interrupção do prazo da usucapião pela ação reivindicatória ajuizada no ano de 2000, devendo prevalecer, nesta Corte, a seguinte tese: a ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. *Miguel Farias da Costa - Espólio* ajuizou ação reivindicatória em face de *Irineu Castelani e Alaides Grassi Castelani*, alegando “deter os direitos, ações e domínio do bem imóvel” descrito na inicial.

Em contestação, os réus arguíram *exceção de usucapião*, ao fundamento de serem possuidores, há mais de 20 anos, do referido imóvel e, nessa linha, requereram o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

O pedido vestibular foi julgado parcialmente procedente, com fixação de indenização pelos danos decorrentes da privação da posse sobre o imóvel, na forma de aluguéis a serem fixados em liquidação de sentença. Quanto à exceção de usucapião, o juiz salientou que caberia ao réu comprovar a posse pacífica, mansa e ininterrupta, sem oposição alguma do titular do domínio e com *animus domini*, por mais de 20 anos, o que não teria ocorrido. Ademais, ressaltou que os requeridos teriam ajuizado, em momento anterior, ação adjudicatória e de

usucapião, objetivando o domínio do mesmo imóvel e que ambas teriam sido julgadas improcedentes.

Interposta apelação pelos réus (fls. 394-410), o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 431):

Ação reivindicatória. Título dominial devidamente comprovado. Exceção de usucapião alegada em defesa. Ausência de lapso prescricional hábil à aquisição do domínio. Anterior ação de reivindicação que teve o condão de interromper o prazo da usucapião. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido.

1. Para o autor de demanda reivindicatória basta a demonstração da existência de propriedade regular e a privação da posse do bem.

2. No contexto de demanda reivindicatória, posse injusta é aquela que não decorre de título jurídico hábil, tal como a existência de contrato de locação, comodato ou exceção de usucapião, por exemplo.

3. Quem alega exceção de usucapião como matéria de defesa, tem o ônus de provar a existência de posse *ad usucapionem* pelo lapso de tempo suficiente para a aquisição do domínio.

4. Ainda que simples contestação dos proprietários em demanda contra eles ajuizada pelo interessado na usucapião não tenha eficácia interruptiva do prazo prescricional, fato que os proprietários moveram anterior ação de reivindicação. Embora extinta sem julgamento de mérito, tendo havido citação e contestação, tal fato tem condão de interromper o prazo prescricional para a usucapião.

No recurso especial, interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional, os recorrentes apontaram violação dos arts. 550 do Código Civil e 219 do CPC/1973.

Defenderam o direito à usucapião, ante a posse mansa e pacífica do imóvel, sem oposição, por mais de 20 anos (desde 1984). Alegaram que a citação válida, nos autos da ação reivindicatória ajuizada pelo espólio no ano 2000, não pode servir de marco para interrupção do prazo da prescrição aquisitiva, por serem distintos os autores e o bem objeto do litígio, tendo sido, inclusive, proferida sentença extintiva sem julgamento do mérito.

Argumentaram que “se na ação de esbulho só se considera interrompida a prescrição aquisitiva se a ação terminar com o reconhecimento do direito de quem se opõe, numa ação de usucapião extraordinário, proposta pelo possuidor do imóvel, não pode ser considerada causa interruptiva da posse a simples contestação dos requeridos, mormente quando o possuidor permaneceu de modo contínuo e pacífico na posse do bem”.

No julgamento do recurso, a Quarta Turma, por unanimidade, manteve o entendimento do acórdão recorrido, em consonância com a jurisprudência do STJ, asseverando, em suma, que o ajuizamento de ação reivindicatória, que demonstra o claro intento de retomada do imóvel pelos proprietários, provoca a interrupção do prazo da prescrição aquisitiva para fins de usucapião, independentemente da procedência daquela pretensão. Vale conferir os termos da ementa do mencionado julgado (fl. 724):

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação reivindicatória. Interrupção do prazo prescricional. Usucapião. Matéria que demanda reexame de provas. Súmula 7 do STJ. Acórdão em sintonia com o entendimento firmado no STJ. Súmula 83 desta Corte. Agravo interno não provido.

1. A decisão da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência firmada pela Segunda Seção do STJ, no sentido de que “se a ação proposta pelo proprietário visa, de algum modo, à defesa do direito material, deve-se reputar interrompido o prazo prescricional a partir da citação verificada nesse processo”.

Precedentes.

2. Ademais, consoante ressaltado pelo eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira em seu voto-vista, “[a] ação possessória extinta sem a resolução do mérito - ou ainda aquela julgada improcedente - não implica reconhecer a interrupção do prazo para a aquisição da propriedade (usucapião) pois é certo que, em tais circunstâncias (extinção ou improcedência), nenhuma influência exerce sobre as relações jurídicas que versam sobre a propriedade (domínio) do bem imóvel usucapiendo. (...) Na ação petitória fundada na propriedade do bem, contudo, a discussão recai precisamente sobre o domínio do imóvel, qualificando oposição que interrompe o fluxo do prazo legal.

Nessa hipótese, o mero ajuizamento e a citação do réu para comparecer em juízo faz litigiosa a propriedade da coisa (CPC/1973, art. 219; CPC/2015, art. 240) e põe sub judice o direito do possuidor à aquisição do domínio”.

3. As conclusões da Corte Estadual sobre a não caracterização da usucapião, não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.542.609/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 6/4/2021.)

Os embargos de divergência foram opostos por *Irineu Castelani* e *Alaides Grassi Castelani*, sob o argumento de haver dissonância entre o acórdão embargado e três paradigmas: o REsp n. 1.584.447/MS e o AgRg no REsp n.

944.661/MG, ambos apreciados pela Terceira Turma, e o REsp n. 149.186/RS, da Quarta Turma.

Os embargantes sustentam, em síntese, que “o ajuizamento de ação com partes diversas e ‘divergência acerca do imóvel descrito na inicial’, julgada extinta, não poderá interromper o prazo para aquisição por usucapião” (fl. 748).

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo provimento do recurso (fls. 819-823):

- Embargos de divergência em agravo em recurso especial.

- “A citação realizada em ação possessória, extinta sem resolução de mérito, não tem o condão de interromper o prazo da prescrição aquisitiva. Precedentes.” (REsp 1.088.082/RJ, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 15/03/2010)

- Parecer pelo provimento dos presentes embargos de divergência em agravo em recurso especial.

Em sessão de julgamento ocorrido em 10/8/2022, a relatora proferiu voto dando provimento aos embargos, nos termos do dispositivo abaixo reproduzido:

54. Forte nessas razões, *conheço e dou provimento* aos embargos de divergência, para, em linha com o acórdão paradigma do REsp 1.584.447/MS, conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos às instâncias ordinárias para que se verifique a configuração dos requisitos da usucapião extraordinária suscitada pelos réus, afastada a interrupção do prazo da usucapião pela ação reivindicatória ajuizada no ano de 2000, devendo prevalecer, nesta Corte, a seguinte tese: *a ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.*

Na oportunidade, pedi vista para melhor análise da questão.

É o relatório complementar.

2. A controvérsia jurídica apresentada no recurso especial consiste em definir se *a citação realizada no âmbito da ação de natureza petítória, quando julgada improcedente ou extinta sem resolução do mérito, tem o condão de interromper o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.*

Tenho que o recurso não merece ser conhecido.

No ponto, destaco que “os embargos de divergência têm como pressuposto de admissibilidade a existência de similitude fática entre os arestos confrontados.

Não se configura o dissídio entre acórdãos que partem de premissas fáticas distintas para a análise da aplicação ou não da tese questionada” (EREsp n. 571.642/PR, relatora Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe de 6/10/2008.)

Sendo assim, para a conclusão sobre o conhecimento do recurso, faz-se indispensável a análise dos julgados confrontados.

No que respeita aos acórdãos indicados como paradigmas, destaco, primeiramente, o *REsp n. 1.584.447/MS*, julgado pela Terceira Turma sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, aresto no qual consignado que “o julgamento de improcedência ou extinção sem resolução de mérito de *ação possessória ou petítória* é uma das situações em que não se interrompe o prazo para aquisição do imóvel pela usucapião”.

A fim de fundamentar a compreensão destacada, o relator invocou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como precedentes desta Casa, nos termos abaixo transcritos:

O Supremo Tribunal Federal também adotou esse raciocínio:

Prescrição aquisitiva. - Pretendida interrupção do prazo pela citação em *ação possessória* julgada improcedente.

- Julgado que decide que, rejeitada a demanda, a citação não tem efeito interruptivo. - Interpretação razoável, sem negativa de vigência de lei.

- Divergência não demonstrada.

- Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 77.298, Relator(a): Min. Rodrigues Alckmin, Primeira Turma, julgado em 10/12/1974, DJ 11/4/1975)

Na mesma linha é a jurisprudência pacífica desta Corte Superior:

Agravo regimental em recurso especial. Ação reivindicatória. Usucapião suscitada em defesa. Ação possessória julgada improcedente. Prescrição aquisitiva. Efeito interruptivo. Ausência. Precedentes de ambas as Turmas integrantes da Segunda Seção.

1. Segundo a jurisprudência dominante desta Corte, a citação promovida **em ação possessória** julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 944.661/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/8/2013, DJe 20/8/2013 - grifou-se)

Processual Civil e Civil. Ação rescisória. Atos posteriores ao falecimento de um dos advogados da parte. Ausência de nulidade. Não suspensão do processo. Inexistência de prejuízo. Usucapião. Citação do possuidor em ação possessória improcedente. Efeito interruptivo. Ausência.

[...]

*III - A teor da reiterada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a **ação possessória** cujo pedido fora julgado improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião. Pedido rescisório julgado improcedente.*

(AR 440/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 24/8/2005, DJ 3/10/2005)

*Agravo interno. Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. CPC/1973. **Ação de imissão de posse.** Usucapião "pro morare" em matéria de defesa. Transcurso do lapso temporal. Existência de gravame sobre o imóvel. Alegação dissociada da realidade dos autos. Edital de leilão extrajudicial. Interrupção da prescrição aquisitiva. Inocorrência. Ausência de efetiva oposição à posse.*

1. Controvérsia acerca da alegação de usucapião em matéria de defesa no curso de ação reivindicatória.

2. Irrelevância da alegação de existência de gravame sobre o imóvel, pois o lapso da prescrição aquisitiva foi computado somente no período posterior ao registro da adjudicação do imóvel pelo credor hipotecário, quando já extinto o gravame, portanto.

3. Necessidade de efetiva oposição à posse exercida pelo usucapiente, para que seja interrompida a prescrição aquisitiva. Julgados desta Corte Superior.

4. Caso concreto em que a mera publicação de edital de leilão extrajudicial não revela efetiva oposição à posse, não havendo falar, portanto, em interrupção da prescrição aquisitiva.

5. Agravo interno desprovido.

(AglInt no AgInt nos EDcl no REsp 1.627.282/RO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 1º/10/2018, DJe 5/10/2018 - grifou-se).

Na mesma esteira, no julgamento do segundo paradigma apontado, *AgRg no REsp n. 944.661/MG*, igualmente de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ficou decidido:

Quanto ao mais, o acórdão recorrido está em harmonia com a orientação desta Corte no sentido de que a *ação possessória* julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião, consoante se observa dos seguintes precedentes:

[...]

Por fim, no julgamento realizado pela Quarta Turma, *REsp n. 149.186/RS*, terceiro paradigma, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Fernando Gonçalves, aquele Colegiado fixou o seguinte entendimento:

A ação de reintegração de posse proposta pelos recorrentes teve a sentença cassada pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, consoante ementa do acórdão transitado em julgado (fls. 169), *verbis*:

[...]

Neste caso, como acentuado na origem, a interrupção da prescrição aquisitiva não se verifica e nisto, diante da falta de procedência da *possessória*, o entendimento pretoriano é pacífico, haja vista, inclusive, o precedente do Supremo Tribunal Federal, colacionado pelo acórdão recorrido, onde o eminente Relator, Ministro Rodrigues Alkmin (RE 77.298-SP), de modo expresso afirma não excluir “a continuidade da posse na prescrição aquisitiva se repelida a **demanda possessória**”, acrescentando não haver, neste caso, negativa de vigência ao art. 172, I, do Código Civil - Tratado de Usucapião - Benedito Silvério Ribeiro - Ed. Saraiva - 2003 - pág. 106.

Também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça está assentado pelas Turmas componentes da 2ª Seção que a *improcedência da possessória* impede o efeito interruptivo da citação. Neste sentido o REsp 82.500-ES - Rel. o Min. Athos Carneiro (4ª Turma), trazido à colação pelo Des. Araken de Assis, no julgamento da apelação (fls. 317). Do mesmo modo, o REsp 10.385/PR - Relator o Min. Ari Pargendler (3ª Turma) assim ementado:

Civil. Usucapião. Citação do possuidor em ação possessória.

A ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pelo usucapião. Recurso especial não conhecido. (REsp 10.385-PR, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU, 14.06.99)

[...]

Quanto ao art. 172, I, do Código Civil tido por violado, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE 77.298-SP - de modo expresso, como já declinado, afirma que, diante da improcedência da *possessória*, excluída está a continuidade da posse, sem negativa de vigência ao dispositivo.

Noutro ponto, no que diz respeito ao acórdão aqui embargado, julgamento ocorrido no âmbito da Quarta Turma sob minha relatoria, conforme já reproduzido no relatório, constou da ementa:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação reivindicatória. Interrupção do prazo prescricional. Usucapião. Matéria que demanda reexame de provas. Sumula 7 do STJ. Acórdão em sintonia com o entendimento firmado no STJ. Súmula 83 desta Corte. Agravo interno não provido.

1. A decisão da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência firmada pela Segunda Seção do STJ, no sentido de que “se a ação proposta pelo proprietário visa, de algum modo, à defesa do direito material, deve-se reputar interrompido o prazo prescricional a partir da citação verificada nesse processo”. Precedentes.

2. Ademais, consoante ressaltado pelo eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira em seu voto-vista, “[a] ação possessória extinta sem a resolução do mérito - ou ainda aquela julgada improcedente - não implica reconhecer a interrupção do prazo para a aquisição da propriedade (usucapião) pois é certo que, em tais circunstâncias (extinção ou improcedência), nenhuma influência exerce sobre as relações jurídicas que versam sobre a propriedade (domínio) do bem imóvel usucapiendo. (...) **Na ação petítória fundada na propriedade do bem, contudo, a discussão recai precisamente sobre o domínio do imóvel, qualificando oposição que interrompe o fluxo do prazo legal.**

Nessa hipótese, o mero ajuizamento e a citação do réu para comparecer em juízo faz litigiosa a propriedade da coisa (CPC/1973, art. 219; CPC/2015, art. 240) e põe sub judice o direito do possuidor à aquisição do domínio”.

3. As conclusões da Corte Estadual sobre a não caracterização da usucapião, não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.542.609/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 6/4/2021.)

A partir dos excertos transcritos, é possível extrair entendimento sobre a matéria derivado da literalidade dos debates que se desenvolveram tanto no acórdão embargado quanto no acórdão paradigma: *a citação realizada na ação possessória julgada improcedente ou extinta sem resolução do mérito não é capaz de interromper o prazo para a aquisição da propriedade (usucapião).*

Com efeito, ainda que, no primeiro paradigma (REsp n. 1.584.447/MS), o relator tenha feito referência à ação de natureza petítória, fato é que os precedentes invocados naquele judicioso voto não eram capazes de legitimar tal assertiva, uma vez que todos os julgados disseram respeito à ação possessória e não à ação petítória.

E, nesse exato rumo, seguiram-se os fundamentos dos demais paradigmas.

Com efeito, o acórdão embargado confirmou a tese acima declarada: a citação na ação **possessória** julgada improcedente ou extinta sem resolução do mérito não é capaz de interromper o prazo para a aquisição da propriedade

(usucapião). Todavia, o julgamento no acórdão embargado foi além - a hipótese dos autos era diferente -, por isso que foi analisada a capacidade de a citação na **ação petitória** interromper o prazo prescricional para aquisição da propriedade pela usucapião. Nessa ordem, promoveu-se a necessária distinção de conclusões.

Na linha desse raciocínio, a partir de sólidos fundamentos apresentados, principalmente no voto-vista proferido pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira, concluiu-se que, na **ação petitória**, fundada na propriedade do bem, a discussão que recai precisamente sobre o domínio do imóvel qualifica-se como evento *apto a interromper o fluxo do prazo prescricional*.

Sendo assim, com base nesses esclarecimentos, convém destacar a *coincidência de entendimentos entre os julgados embargado e paradigmas* no que respeita à capacidade interruptiva da *citação na ação possessória*. Por esse motivo, certo é que os embargos de divergência não devem ser conhecidos, por *inexistência de similitude fática* entre os julgados confrontados e a própria controvérsia posta, que, como dito, envolve outra discussão, qual seja, se a *citação na ação petitória interrompe ou não o prazo para a usucapião*.

Dessarte, a meu ver, rogando a devida vênia, o conhecimento destes embargos afrontaria técnica processual reservada a recurso de tal natureza, cuja função precípua é “organizar” a jurisprudência da Corte e sistematizar o entendimento acerca de determinada questão jurídica, com o fim maior de qualificar a jurisdição mediante o atributo da segurança.

Aqui, contudo, tratando-se de tese jurídica distinta, a análise deste recurso promoverá o *rejulgamento* da controvérsia do agravo em recurso especial, originalmente enfrentado pela Quarta Turma, manifestando-se este Colegiado sobre questão jurídica *não enfrentada pelos acórdãos paradigmas*.

Uma vez mais, ressalte-se, os acórdãos apontados como paradigmas julgaram a incapacidade de a *citação na ação possessória*, e não na *ação petitória*, interromper o curso do prazo da prescrição aquisitiva, quando julgada improcedente ou extinta, circunstância, aliás, muito bem demonstrada no voto proferido pela Relatora.

Entretanto, apesar disso, pelo voto da Relatora, os embargos foram conhecidos e, no mérito, enfrentou-se a controvérsia do caso concreto, concluindo-se pela incapacidade de a *citação na ação de natureza petitória* interromper o prazo prescricional.

Ora, se esse for o destino dos presentes embargos de divergência, penso que, ao fim e ao cabo, o recurso terá servido aos embargantes como *instrumento*

revisor do julgamento realizado pela Quarta Turma, providência que não se amolda, como dito, a este recurso.

Nesses exatos termos, a lição do Ministro Ricardo Lewandowski no sentido de que “os embargos de divergência destinam-se a promover a uniformização da jurisprudência desta Corte. *Não se prestam, pois, à mera revisão do acerto ou desacerto do acórdão embargado*”:

Processual Civil. Embargos de divergência. Ausência de demonstração analítica do dissídio jurisprudencial. Acórdãos confrontados tratam de temas diversos. Inadmissão dos embargos de divergência. Agravo regimental. Ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão agravada. Súmula 283 do STF. Agravo regimental improvido.

I - A utilização adequada dos embargos de divergência impõe ao recorrente o dever de demonstrar, de maneira objetiva e analítica, o dissídio interpretativo alegado, sob pena de inadmissão do recurso.

II - Cabem embargos de divergência contra acórdão de Turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário do STF, desde que os acórdãos confrontados tratem do mesmo *thema decidendum*.

III - Os embargos de divergência destinam-se a promover a uniformização da jurisprudência desta Corte. Não se prestam, pois, à mera revisão do acerto ou desacerto do acórdão embargado.

IV - Ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 283 do STF.

V - Agravo regimental improvido.

(RE 593.064 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2010, DJe-220 divulg 16-11-2010 public 17-11-2010 Ement vol-02432-01 pp-00056).

Por essas razões, entendo que os embargos de divergência não devem ser conhecidos.

3. Ante o exposto, rogando vênias à ilustre relatora, não conheço dos embargos de divergência.

É o voto.



VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Pedi vista dos autos em virtude da divergência inaugurada quanto ao conhecimento dos embargos de divergência.

Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Alaídes Grassi Castelani* e *Irineu Castelani* contra o acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, assim ementado:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação reivindicatória. Interrupção do prazo prescricional. Usucapião. Matéria que demanda reexame de provas. Sumula 7 do STJ. Acórdão em sintonia com o entendimento firmado no STJ. Súmula 83 desta Corte. Agravo interno não provido.

1. A decisão da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência firmada pela Segunda Seção do STJ, no sentido de que “se a ação proposta pelo proprietário visa, de algum modo, à defesa do direito material, deve-se reputar interrompido o prazo prescricional a partir da citação verificada nesse processo”. Precedentes.

2. Ademais, consoante ressaltado pelo eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira em seu voto-vista, “[a] ação possessória extinta sem a resolução do mérito – ou ainda aquela julgada improcedente – não implica reconhecer a interrupção do prazo para a aquisição da propriedade (usucapião) pois é certo que, em tais circunstâncias (extinção ou improcedência), nenhuma influência exerce sobre as relações jurídicas que versam sobre a propriedade (domínio) do bem imóvel usucapiendo. (...) Na ação petítória fundada na propriedade do bem, contudo, a discussão recai precisamente sobre o domínio do imóvel, qualificando oposição que interrompe o fluxo do prazo legal. Nessa hipótese, o mero ajuizamento e a citação do réu para comparecer em juízo faz litigiosa a propriedade da coisa (CPC/1973, art. 219; CPC/2015, art. 240) e põe sub judice o direito do possuidor à aquisição do domínio”.

3. As conclusões da Corte Estadual sobre a não caracterização da usucapião, não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno não provido (e-STJ fl. 724).

Os embargantes apontam divergência com os precedentes assim sumariados:

Primeiro acórdão paradigma:

Recurso especial. Direito Civil. Ação reivindicatória. Imóvel rural. Usucapião ordinária. Justo título. Compromisso de compra e venda. Registro. Desnecessidade. Prescrição aquisitiva. Interrupção. Impossibilidade. Boletim de ocorrência. Ação de imissão na posse. Terceiro. Citação. Frustrada. Extinção sem resolução do mérito.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A falta de registro de compromisso de compra e venda não é suficiente para descaracterizar o justo título como requisito necessário ao reconhecimento da usucapião ordinária.

3. A interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente é possível na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo consegue reaver a posse para si. Precedentes.

4. A mera lavratura de boletim de ocorrência, por iniciativa de quem se declara proprietário de imóvel litigioso, não é capaz de, por si só, interromper a prescrição aquisitiva.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.584.447/MS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 12/3/2021)

Segundo acórdão paradigma:

Agravo regimental em recurso especial. Ação reivindicatória. Usucapião suscitada em defesa. Ação possessória julgada improcedente. Prescrição aquisitiva. Efeito interruptivo. Ausência. Precedentes de ambas as Turmas integrantes da Segunda Seção.

1. Segundo a jurisprudência dominante desta Corte, a citação promovida em ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 944.661/MG, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/8/2013, DJe de 20/8/2013)

Terceiro acórdão paradigma:

Recurso especial. Usucapião. Ação possessória improcedente. Citação. Efeito interruptivo. Ausência. Notificação e/ou protesto. Condições. Divergência.

1. Uma vez julgada improcedente a ação possessória, a citação não tem efeito interruptivo da prescrição aquisitiva.

2. Notificação judicial ou protesto para interromper a prescrição aquisitiva deve ter fim específico e declarado.

3. Só há dissídio jurisprudencial quando sobre o mesmo tema os julgados confrontados adotam posicionamento diferente. No caso, de qualquer modo, o entendimento pretoriano majoritário se encaminha no sentido do acórdão recorrido.

4. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 149.186/RS, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 4/11/2003, DJ de 19/12/2003)

Sob a ótica dos embargantes, a similitude fática com o primeiro acórdão apontado como paradigma seria evidente, pois

(...)

Em ambos casos existiram demandas petitórias julgadas extintas sem julgamento de mérito. No caso paradigma, não foi reconhecida a interrupção do prazo prescricional, enquanto que na presente demanda, houve a confirmação da interrupção (e-STJ fl. 748).

Pugnam, ao final, pelo conhecimento e provimento dos embargos de divergência a fim de que seja uniformizada a jurisprudência no sentido dos acórdãos apontados como paradigmas.

Levado o feito a julgamento pela Segunda Seção, após a prolação do voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi, conferindo provimento aos embargos de divergência, e do voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão, em preliminar, não conhecendo dos embargos de divergência, pedi vista antecipada dos autos para melhor exame da controvérsia e ora apresento meu voto.

É o relatório.

De início, convirjo com o entendimento da Relatora e do voto divergente acerca da ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e o segundo e terceiro precedentes apontados como paradigmas (AgRg no REsp n. 944.661/MG e REsp n. 149.186/RS).

Em ambos os mencionados paradigmas, as discussões tiveram como pano de fundo a propositura de ações possessórias que, julgadas improcedentes, não tiveram aptidão para interromper o prazo da prescrição aquisitiva da usucapião - situação fática diversa daquela tratada nos presentes autos.

Em verdade, cinge-se a controvérsia - entre o voto da Relatora e o voto divergente - a saber se há divergência jurisprudencial, capaz de dar seguimento aos embargos de divergência nesta Corte, entre o acórdão embargado, oriundo da Quarta Turma (AREsp n. 1.542.609/RS), Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, e o acórdão proferido no primeiro paradigma (REsp n. 1.584.447/MS), da Terceira Turma, de minha relatoria.

Nesse aspecto, tenho que também quanto a tal ponto a irresignação manifestada dos presentes embargos de divergência não ultrapassa o juízo de admissibilidade.

Isso porque, embora ambas as demandas estejam alicerçadas em ações reivindicatórias nas quais foi suscitada, em contestação, a consumação da usucapião, as ações petitórias anteriormente ajuizadas - apontadas como supostamente aptas à interrupção do prazo da prescrição aquisitiva - apresentavam distinções que justificavam a adoção de conclusões antagônicas.

Com efeito, conforme se extrai da leitura do acórdão recorrido, a ação que teve aptidão de interromper o prazo para a aquisição originária da propriedade, no processo que deu origem ao acórdão embargado, foi uma ação petitória (ação reivindicatória) *na qual os réus foram devidamente citados e contestaram a demanda, de modo que a citação dos réus para aquela ação teve o condão de interromper a prescrição vintenária.*

Confira-se:

(...)

Igualmente não há que se falar em usucapião extraordinária, pois no ano de 2000, o espólio de Miguel Farias da Costa havia ingressado com ação de reivindicação de posse contra os ora réus (fls. 68), *que foram citados e contestaram a demanda.* Embora a mesma tenha sido extinta sem julgamento de mérito, forte no art. 267, VI, do CPC (fl. 75), em 27.02.2004, fato é que *a citação dos réus para aquela demanda, no primeiro semestre de 2000, teve o condão de interromper a prescrição vintenária* (e-STJ fl. 434 - grifou-se).

Já no que se refere ao processo que deu ensejo ao acórdão paradigma, a ação petitória (ação de imissão de posse) - que se pretendia fosse considerada idônea a interromper o prazo da prescrição aquisitiva - foi proposta por terceiro e *transcorreu sem a citação dos réus/possuidores.*

É o que se colhe do seguinte excerto do acórdão recorrido:

(...)

É que, mansa e pacífica não o foi, pois, conforme explicitado na sentença (f. 2.241-2), deve ser considerada a ação de imissão na posse n. 017.04.101858-0, ajuizada em 6/12/2004 por Edi Carlos Marchi da Silva contra Isidoro Gregory (f. 277/83). Naquela ocasião, Edi teria adquirido o bem em hasta pública do Bradesco, mas como a aquisição foi rescindida judicialmente, resultou na extinção do feito.

E, ainda que Isidoro não tenha sido citado e o feito extinto sem resolução de mérito, não se pode olvidar da ciência tanto dele quanto do seu filho Reinaldo, de que a posse estava sendo contestada, pois em 28/10/2004, Edi registrou boletim de ocorrência no qual consta (f. 291-2): (...) (e-STJ fl. 184 dos autos do REsp n. 1.584.447/MS - grifou-se).

Nesse contexto, observa-se que não há divergência de interpretação da lei federal a ser dirimida em embargos, pois o *aresto embargado* - ao concluir que o ajuizamento de ação petitória *com citação válida e contestação* dos possuidores é apta a interromper o prazo da prescrição aquisitiva - não colide com o quanto decidido no *acórdão paradigma* que proclamou: a ação petitória proposta por terceiro e que transcorreu *sem citação dos possuidores* do imóvel usucapiendo não é apta a interromper o prazo prescricional.

Logo, as soluções adotadas foram distintas porque também dessemelhantes as bases fáticas.

Não há, portanto, similitude fática entre os arestos confrontados, o que impede o prosseguimento dos embargos de divergência.

Por esse motivo, não há divergência de tese jurídica a ser dirimida entre as decisões da Terceira e da Quarta Turma.

Caso se entenda possível avançar na apreciação do mérito da irresignação recursal, tenho que o entendimento adotado pelo acórdão embargado não merece reparos.

Isso porque, ao contrário da ação possessória, na ação de natureza petitória, a discussão recai sobre o próprio domínio do bem, denotando a sua propositura evidente ânimo do proprietário em retomar o bem para a sua esfera jurídica, o que, a um só tempo, afasta o caráter manso e pacífico da posse e revela a cessação da inércia do titular do domínio.

Logo, o ajuizamento da ação petitória com a citação do réu para comparecer em juízo, ainda que posteriormente julgada improcedente ou extinta sem resolução de mérito, torna a propriedade litigiosa qualificando a oposição, que se torna hábil a interromper o fluxo do prazo legal da prescrição aquisitiva.

Essa, aliás, é a orientação prevalecente em ambas as Turmas integrantes da Segunda Seção:

Civil. Recurso especial. Ação declaratória de nulidade cumulada com cancelamento de registro imobiliário. Ausência de indicação de dispositivos legais violados. Imóvel que compõe acervo hereditário. Legítima de um dos

herdeiros gravada com cláusula de inalienabilidade. Usucapião. Possibilidade. Despacho que ordena a citação. Interrupção do prazo da prescrição aquisitiva. Ocorrência. Boa-fé da possuidora. Súmula 7/STJ.

1. Ação declaratória de nulidade c/c cancelamento de registro ajuizada em 16/01/2012, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 15/05/2020 e concluso ao gabinete em 11/12/2020.

2. O propósito recursal consiste em definir a) a possibilidade de reconhecer-se, antes da entrada em vigor do art. 214, § 5º, da Lei de Registros Públicos, a usucapião de imóvel que compõe acervo hereditário na hipótese de a legítima de um dos herdeiros estar gravada com cláusula de inalienabilidade; b) se o despacho que ordena citação, em ação declaratória de nulidade de negócio jurídico por violação à cláusula de inalienabilidade, interrompe o prazo da prescrição aquisitiva; c) se está configurada a boa-fé da possuidora.

3. A ausência de indicação dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 284/STF).

4. Nos termos do art. 1.723 do CC/16, é autorizado ao testador gravar a legítima dos herdeiros com cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia. Essa espécie de disposição restringe o direito de propriedade do herdeiro, que não poderá dispor do bem durante a sua vigência. Assim, se o bem gravado com inalienabilidade for alienado, o ato será nulo. A existência de cláusula de inalienabilidade, todavia, não obsta a aquisição do bem por usucapião. Precedentes.

5. *A Segunda Seção deste Tribunal Superior orienta-se no sentido de que a citação apenas terá o condão de interromper a prescrição aquisitiva se a ação proposta tiver por finalidade a defesa do direito material sujeito à prescrição.* Precedentes. Na ação declaratória de nulidade por violação à cláusula de inalienabilidade, a controvérsia instaurada diz respeito à impossibilidade jurídica da transferência da propriedade do imóvel ao réu. Põe-se sub judice o direito do requerido à aquisição do domínio. Desse modo, o despacho do juiz que ordena a citação na ação declaratória de nulidade interrompe o prazo da prescrição aquisitiva. Em consequência, não é possível contabilizar o período transcorrido no curso da ação.

6. Para alterar a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem, no sentido de que a recorrida exerceu a posse com boa-fé, seria necessário o revolvimento de fatos e provas (Súmula 7/STJ).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 1.911.074/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021 - grifou-se)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação reivindicatória. Violação ao art. 1.022 do CPC. Não ocorrência. Prescrição aquisitiva. Usucapião. Rejeição.

Súmula 7 do STJ. Fundamentos não atacados. Súmula 283 do STF. Aplicação do tempo abreviado de usucapião. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Embargos de declaração protelatórios. Multa. Afastamento. Súmula 7 do STJ. Agravo interno não provido.

1. De acordo com o entendimento jurisprudencial pacífico desta Corte Superior, não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 nos casos em que o acórdão recorrido resolve com coerência e clareza os pontos controvertidos que foram postos à apreciação da Corte de origem, examinando as questões cruciais ao resultado do julgamento.

2. A Corte de origem afastou a prejudicial de usucapião amparada nos fundamentos de que as provas dos autos demonstram que os réus, além de não terem completado o tempo de posse para usucapir, não exerceram posse mansa e pacífica, mas sim, com a permanente oposição dos autores, de maneira que não foram preenchidos os requisitos da usucapião.

3. Desse modo, as conclusões da Corte Estadual sobre a não caracterização da usucapião, não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Além disso, observa-se que a parte recorrente não impugna o argumento de que não exerceram posse mansa e pacífica durante esses anos, mas sim, com a permanente oposição dos autores. Assim, a subsistência de fundamento inatacado apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o não-conhecimento da pretensão recursal, a teor do entendimento disposto na Súmula n. 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

5. *A jurisprudência desta Corte já se pronunciou no sentido de que, diferentemente do que acontece com a citação efetuada em ação possessória julgada improcedente, a qual não interrompe o prazo para a prescrição aquisitiva, se a ação proposta pelo proprietário visa, de algum modo, à defesa do direito material, como é o caso de ação reivindicatória fundada na propriedade do bem, deve-se reputar interrompido o prazo prescricional a partir da citação verificada nesse processo.*

6. A questão referente à alegada aplicação do tempo abreviado de usucapião, previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, não foi objeto de prequestionamento nas instâncias ordinárias, recaindo nos óbices das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

7. O acolhimento da pretensão recursal de ausência de caráter protelatório dos embargos de declaração opostos na origem demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas nas instâncias ordinárias, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

8. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no AREsp 1.771.282/MT, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/9/2021, DJe de 29/9/2021 - grifou-se)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de cobrança. 1. Ação reivindicatória deduzida como matéria de defesa do direito material. Interrupção do prazo prescricional. Acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Precedentes. 2. Pretensão de caracterização da prescrição e de afastamento da indenização. Impossibilidade. Revisão. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo improvido.

1. Com efeito, o entendimento do acórdão recorrido acerca da interrupção do prazo prescricional encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte, tendo em vista que, no caso dos autos, a parte recorrida intentou uma ação reivindicatória, o que demonstra claramente sua intenção de retomar o bem, e que essa intenção foi exercida com base no direito de propriedade de que são titulares.

1.1. Assim, *conforme já decidido pela Segunda Seção, se a ação proposta pelo proprietário visa, de algum modo, à defesa do direito material, deve-se reputar interrompido o prazo prescricional a partir da citação verificada nesse processo.* Precedentes.

2. De fato, as instâncias ordinárias, com base nos elementos de convicção juntados aos autos, constataram que, com o ajuizamento da ação reivindicatória, o prazo prescricional foi interrompido, bem como pelo cabimento da indenização em razão da fruição indevida do bem pela agravante. Dessa forma, a sua revisão demandaria o reexame de fatos e provas, encontrando óbice, assim, na Súmula 7 desta Corte Superior.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 903.300/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/11/2018, DJe de 22/11/2018 - grifou-se)

Ação rescisória. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Usucapião extraordinário. Posse exercida com “animus domini”. Interrupção da prescrição aquisitiva.

- Sendo o Superior Tribunal de Justiça competente para julgar um dos aspectos focalizados na ação rescisória, sua competência prorroga-se em relação àqueles que por ele não foram examinados anteriormente. Precedentes do STF.

- Posse exercida pela ré com “animus domini” não infirmada pelas meras alegações formuladas pelos autores.

- *Para reputar-se interrompida a prescrição aquisitiva com a citação, é de rigor que a ação proposta, de modo direto ou virtual, vise à defesa do direito material sujeito à prescrição.* Precedente do STJ.

- A ação rescisória não é o remédio próprio para retificar a má apreciação da prova ou reparar a eventual injustiça da decisão.

Ação julgada improcedente.

(AR 386/SP, relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 12/9/2001, DJ de 4/2/2002 - grifou-se)

Ante o exposto, com a devida vênia, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Luis Felipe Salomão para: (i) não conhecer dos embargos de divergência e, (ii) caso ultrapassado o conhecimento, negar provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

ADITAMENTO AO VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Excelentíssimo senhor Presidente, considerando as reflexões suscitadas, considerei prudente elaborar o presente aditamento, com considerações acerca da admissibilidade e do mérito dos embargos de divergência.

1. Da admissibilidade dos embargos de divergência

Rogando as mais respeitosas vênias, conforme destacado na última assentada – no que fui acompanhada pela maioria desta e. Segunda Seção – há, efetivamente, similitude fática e jurídica entre o acórdão do REsp 1.584.447/MS (paradigma) e o acórdão embargado proferido pela Quarta Turma.

Com efeito, ambas as hipóteses envolvem (I) demanda fruto de ação reivindicatória, (II) alegação de usucapião em contestação; (III) o ajuizamento de anterior ação petitoria (IV) acórdão estadual que afastou a usucapião por entender que o prazo teria sido interrompido por anterior ajuizamento de ação petitoria; e (V) idêntica tese recursal no âmbito do recurso especial.

Ademais, observa-se, respeitosamente, que a tese fixada no julgamento do paradigma não faz qualquer referência à existência ou não de citação na ação petitoria.

De fato, a tese fixada pela Terceira Turma foi a seguinte: “o julgamento de improcedência, ou extinção sem resolução de mérito de ação possessória *ou petitoria*, como ocorreu nos autos, por exemplo, é uma das situações em não se interrompe o prazo para aquisição do imóvel pela usucapião” (REsp n.

1.584.447/MS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 12/3/2021).

Em síntese, no que importa para a admissibilidade dos presentes embargos, nos dois processos sustentou-se a tese de que a ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não seria capaz de interromper o prazo para a usucapião.

A Terceira Turma, no julgamento do REsp 1.584.447/MS, apontado como paradigma, concluiu que as ações petítórias com pedido julgado improcedente ou extintas sem resolução de mérito não teriam o condão de interromper o prazo para a usucapião, inclusive citando doutrina específica sobre o tema. Veja:

Tal compreensão, no entanto, não encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já manifestou entendimento no sentido de não ser toda e qualquer resistência do proprietário apta a configurar a interrupção da prescrição aquisitiva.

*O julgamento de improcedência, ou extinção sem resolução **de mérito de ação possessória ou petítória**, como ocorreu nos autos, por exemplo, é uma das situações em não se interrompe o prazo para aquisição do imóvel pela usucapião (RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. 8ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2016, pág. 275).*

[...]

Tendo em vista que não houve a interrupção do prazo com a propositura da ação de imissão na posse e que as partes possuem boa-fé e justo título, a usucapião deve ser reconhecida em favor dos recorrentes, pois ultrapassados 18 (dezoito) anos de permanência incontestes no imóvel objeto de promessa de compra e venda ainda que não registrada.

(fls. 447-450 – daqueles autos) [g.n.]

Por outro lado, a Quarta Turma, por meio do acórdão embargado, em sentido diametralmente oposto, fixou o entendimento de que o mero ajuizamento de ação petítória, em todas as hipóteses, seria suficiente para interromper o prazo para a usucapião, ainda que o pedido fosse julgado improcedente ou a ação fosse extinta sem julgamento de mérito. Veja:

*O entendimento do acórdão recorrido em relação à interrupção do prazo prescricional encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, uma vez que, na hipótese vertente, o agravado ajuizou uma **ação reivindicatória**, o que demonstra claramente sua intenção de retomar o bem.*

Dessa forma, conforme já decidido pela Segunda Seção do STJ: “Se a ação proposta pelo proprietário visa, de algum modo, à defesa do direito material,

deve-se reputar interrompido o prazo prescricional a partir da citação verificada nesse processo”.

[...]

2.1. Ademais, ressalto que a Segunda Seção deste Sodalício, no julgamento do EREsp 54.788/SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 11/10/2007), firmou o entendimento de no tocante à “interrupção da prescrição, a lei não distingue entre pedido julgado procedente e aquele declarado improcedente. Evidenciado o inequívoco exercício do direito e a boa-fé do autor, ainda que com a propositura de ação incabível, interrompe-se o prazo prescricional”.

(fls. 730-731) [g.n.]

Desse modo, *data máxima venia*, conforme exaustivamente demonstrado no aditamento apresentado na última sessão, ambas as Turmas, em demandas análogas, apreciando idêntica tese jurídica, chegaram a conclusões absolutamente divergentes, motivo pelo qual entendo estar demonstrada a similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados e, portanto, a divergência entre as Turmas que compõe a Seção de Direito Privado.

2. Considerações quanto ao mérito

Superado o juízo de admissibilidade, a divergência entre os votos proferidos limita-se em definir se a ação petítória, para ser capaz de interromper o prazo da usucapião, precisa ou não ter seu pedido julgado procedente.

No voto proferido por esta Relatora, sustentou-se que a ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não é capaz de interromper o prazo para a usucapião.

Por outro lado, a divergência sustenta que toda ação petítória, independentemente do seu resultado, interromperia o prazo para a aquisição originária da propriedade.

Nesse cenário, considera-se prudente traçar algumas considerações.

De início, deve-se pontuar que está superada pela jurisprudência de ambas as Turmas que compõe a Segunda Seção o entendimento exarado no acórdão embargado e repisado no voto-vista do e. Min. Luis Felipe Salomão, fixado com base no EREsp 54.788/SP, no sentido de que, para efeitos de interrupção do prazo para usucapião, seria irrelevante a distinção entre ação cujo pedido é julgado procedente e ação cujo pedido é julgado improcedente. Nesse sentido: REsp n. 1.584.447/MS, Terceira Turma, julgado em 9/3/2021, DJe

de 12/3/2021; REsp 1.361.226/MG, *Terceira Turma*, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018; AgRg no REsp 1.010.665/MS, *Quarta Turma*, julgado em 16/10/2014, DJe 21/10/2014; AgRg no REsp 944.661/MG, *Terceira Turma*, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013; REsp 941.464/SC, *Quarta Turma*, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012.

De fato, em mais de uma oportunidade, esta Corte Superior apontou, expressamente, a superação daquele entendimento: AgRg no REsp n. 1.010.665/MS, *Quarta Turma*, julgado em 16/10/2014, DJe de 21/10/2014; AgRg no REsp 944.661/MG, *Terceira Turma*, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013.

Ademais, no que diz respeito ao REsp 1911074/PR, de minha relatoria e citado no voto-vista, importa destacar que ele não guarda similitude com a hipótese em apreço, pois: a) não versava sobre ação petitória, mas sim sobre ação declaratória de nulidade de negócio jurídico por violação à cláusula de inalienabilidade; e b) nele não se debateu, pois não era o objeto daquele processo, se o julgamento de improcedência ou se a extinção sem julgamento de mérito influenciaria na interrupção do prazo da usucapião. Os fatos, o objeto e o propósito recursal eram diversos.

Além disso, não se nega que a oposição capaz de interromper o prazo da usucapião “se configura a partir de uma conduta do proprietário por meio de uma ação judicial em que se apresente como tal”. No entanto, o que se deve ressaltar é que tal oposição só terá o efeito interruptivo se o pedido for, ao final, julgado procedente.

Isso porque, assim como fixado por esta Corte Superior para as ações possessórias, o julgamento de improcedência do pedido ou a extinção sem resolução de mérito da ação petitória não conduz ao verdadeiro fim do caráter contínuo, incontestado, manso e pacífico da posse, isto é, não retira o caráter *ad usucapionem* da posse.

De fato, nessa hipótese, não há como atestar se o seu autor, vencido na demanda, era de fato o proprietário do bem que almejava a defesa do seu direito de propriedade ou se era pessoa absolutamente estranha à relação jurídica de direito material.

Entendimento diverso, conforme também apontado pelo e. Min. Marco Buzzi na última sessão, conduziria à inegável insegurança jurídica, na medida em que toda e qualquer ação petitória ajuizada contra os usucapientes – mesmo aquelas mais temerárias ou ajuizadas por mera emulação –, independentemente de seu resultado, seria capaz de interromper o prazo para a usucapião.

Basta imaginar a situação de determinado possuidor que exerce sua posse *ad usucapionem* durante mais de 14 anos e, nas vésperas de completar o prazo da aquisição originária de propriedade, tem contra si ajuizada, por eventual desafeto, ação petítória absolutamente infundada pelas mais variadas razões.

O juiz extinguirá o processo, com ou sem resolução de mérito – por exemplo, por flagrante ausência de legitimidade ativa ou interesse de agir – e ainda assim o prazo da usucapião teria sido interrompido e todos o período de exercício da posse seria perdido, em incontestável ofensa à própria função social da propriedade e da posse.

Ademais, não impressiona, rogando as mais respeitosas vênias, o argumento no sentido de que as ações petítórias possuíam o condão de interromper o prazo por terem como objeto de discussão o próprio direito de propriedade.

Isso porque é a posse exercida por determinado lapso de tempo que conduz à usucapião. O que se deve verificar, portanto, não é o objeto da ação petítória, mas sim se o caráter *ad usucapionem* da posse permanece ou não após o ajuizamento da referida ação. E a mencionada característica da posse somente deixará de existir se a ação possessória ou petítória for julgada procedente.

Ademais, conforme consignado no voto já proferido, esta é a posição uníssona da doutrina nacional, mencionando-se, por todas, as lições de Pontes de Miranda, que faz referência expressa às ações petítórias: “a citação só interrompe se ação possessória **ou petítória vem a ser julgada procedente**”. Veja:

4. *Interrupção.* - O art. 172 incide em matéria de usucapião, por força dos arts. 553 e 619, parágrafo único. A espécie mais vulgar de interrupção é a perda da posse, porque os arts. 550, 551, 618 e 619 somente admitem como elemento do suporte fáctico das suas regras jurídicas a posse contínua (= ininterrupta). Fora daí, interrompe o curso do prazo prescricional a citação. *Mas a citação somente interrompe se a **ação possessória ou petítória vem a ser julgada procedente.***

[...]

A citação na ação de reivindicação interrompe, salvo se foi nula por vício de forma (exceto por incompetência de juízo), se “perempta a instância, ou a ação” (art. 175), cabendo aqui o que expusemos no Tomo VI, a propósito de interrupção da prescrição, ou se o autor desiste da ação, ou se a ação é afinal julgada improcedente. A petição inepta não dá ensejo a citação que interrompa.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das coisas, propriedade*. t. 11. Atual. por Luiz Edson Fachin. São Paulo: RT, 2012, p. 215-217) [g.n.]

Menciona-se, ainda, as lições de Benedito Silvério Ribeiro:

*Se a ação contra o possuidor (**petitória**, possessória, divisória etc.) for julgada improcedente, a prescrição não se considerará interrompida pela citação. A interrupção da prescrição através da citação só se perfaz se a ação é julgada procedente. Se assim não fosse, qualquer um que intentasse ação, mesmo por emulação, estaria impedindo o curso da prescrição, inclusive destituída de **fumus juris**.*

[...]

A jurisprudência, destarte, é no sentido de que a interrupção da prescrição somente ocorre pela citação em ação possessória, ou outra, julgada procedente.

(RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133-135) [g.n.]

Na mesma linha, é o entendimento uníssono da doutrina clássica e contemporânea, sendo possível citar, exemplificativamente, Lafayette Rodrigues Pereira, Francisco Eduardo Loureiro, Gustavo Tepedino, Arnaldo Rizzardo, Paulo Lôbo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Pablo Renteria, Marco Aurelio S. Viana, Fabio Caldas de Araújo, Marcelo Benacchio, Rodolfo Felix Almeida etc.

Por fim, deve-se mencionar, ainda, que, para efeitos de se verificar a interrupção do prazo da usucapião, não há que se distinguir a hipótese de pedido julgado improcedente e a de ação extinta sem julgamento do mérito.

Isso porque, em ambos os cenários o autor não logrou êxito na sua pretensão e, portanto, não foi capaz de infirmar o caráter pacífico da posse.

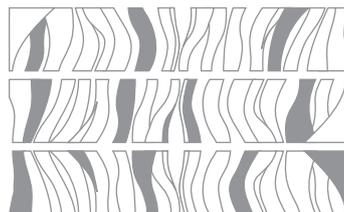
Aliás, referida distinção não foi adotada por esta Corte Superior para as ações possessórias, não havendo motivo para o fazer em se tratando de ações petitorias. De fato, é pacífica a jurisprudência no sentido de que tanto a ação possessória cujo pedido é julgado improcedente quanto a ação possessória extinta sem resolução de mérito não são aptas a interromper o prazo para a aquisição originária da propriedade, como demonstram os precedentes já citados.

Por fim, rogando as mais respeitosas vênias, a afirmação de que as ações possessórias, seja qual for o seu destino, não possuem aptidão para interromper o prazo da usucapião contraria a unanimidade da doutrina e a pacífica jurisprudência desta Corte Superior.

Em síntese, não basta, para fins de interrupção do prazo da usucapião, o ajuizamento de qualquer ação visando o reconhecimento do direito que está em vias de ser adquirido originariamente – na hipótese, o direito de propriedade –, porquanto é indispensável o julgamento de procedência dos pedidos formulados nesta ação, com o efetivo reconhecimento do direito.

Ante o exposto, rogando as mais respeitosas vênias, na linha do entendimento firmado pela Terceira Turma, *conclui-se que a ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.*

Forte nessas razões, ratifico, na íntegra, o voto anteriormente proferido, no sentido de conhecer e dar provimento aos embargos de divergência, para, em linha com o acórdão paradigma do REsp 1.584.447/MS, conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos às instâncias ordinárias para que se verifique a configuração dos requisitos da usucapião extraordinária suscitada pelos réus, afastada a interrupção do prazo da usucapião pela ação reivindicatória ajuizada no ano de 2000, devendo prevalecer, nesta Corte, a seguinte tese: a ação petítória com pedido julgado improcedente ou extinta sem resolução do mérito não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião.



Terceira Turma

HABEAS CORPUS N. 823.878-SP (2023/0164415-4)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Impetrante: Andre Perecmanis

Advogado: André Perecmanis - RJ109187

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: M A B B

Interes.: G P DE C B B

Interes.: G P DE C B B

Interes.: C P C DE C B B

Advogados: Ótávio Henrique Menezes de Noronha - DF025118

Adriano do Almo Mesquita - DF047739

Denise Vieira Ramos - DF047238

Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Habeas corpus. Prisão civil. Alimentos. Risco alimentar. Ausência. Natureza emergencial. Afastamento. Particularidades do caso. Concessão da ordem. Justificada.

1. É possível o afastamento da prisão civil quando ausente o risco alimentar, consistente na imperativa subsistência dos credores de alimentos.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dispõe que a constrição de liberdade do devedor de alimentos somente está justificada quando indispensável para satisfação da obrigação alimentar, de modo que atinja o objetivo teleológico perseguido pela coação extrema da prisão, qual seja, a sobrevida dos alimentados e mostre-se a medida que melhor atenda a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor.

3. Na hipótese, o débito alimentar inadimplido não apresenta caráter emergencial, ao que se acrescenta o atingimento da maioridade civil por um dos alimentandos, que exerce atividade remunerada e declara expressamente ciência acerca das dificuldades financeiras enfrentadas pelo genitor.

4. Ausente o risco alimentar, justifica-se, em caráter excepcional, o afastamento da prisão civil, sem prejuízo do prosseguimento da execução pelo rito da expropriação de bens.

5. Terceiros interessados são carecedores de ação para atuar a favor ou contra a concessão da ordem discutida em *habeas corpus*, haja vista a ausência de norma autorizativa da intervenção de terceiros no procedimento especial, bem como em decorrência da própria natureza do *writ*.

6. No caso, o agravo interno interposto pelos filhos do paciente não merece ser conhecido

7. Agravo interno não conhecido. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus para afastar o decreto de prisão civil do paciente até o julgamento da ação revisional de alimentos; e, não conhecer do agravo interno interposto às fls. 1.213/1.243, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2023 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 23.8.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, impetrado por *André Perecmanis* em favor do paciente M. A. B. B. contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença de *alimentos*. Insurgência contra decisão que determinou a prisão civil do executado. Reforma descabida. Ausência de demonstração quanto à impossibilidade de suportar os alimentos.

Alegada maioria dos alimentandos que não é sinônimo de exoneração automática. Pedido de gratuidade judiciária. Descabimento. Ausência de documentos que comprovam a hipossuficiência financeira para arcar com as custas processuais. Características que não se enquadram nas hipóteses de concessão da benesse. Decisão mantida. Adoção do art. 252 do RITJ. *Recurso desprovido* (fl. 22, e-STJ).

Nas razões do *writ*, o impetrante alega que a atual condição financeira do paciente não comporta o pagamento de prestação alimentar no valor de R\$ 28.464,00 (vinte e oito mil quatrocentos e sessenta e quatro reais), conforme acordado em março de 2019, na ação de divórcio consensual.

Acrescenta que desde o ano de 2020 trabalha sem salário ou retorno financeiro fixo, contexto distinto daquele existente à época do acordo firmado, e que um dos filhos atingiu a maioria e possui renda própria.

Diante desse cenário, passou a acumular dívidas, atualmente estimadas em R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), além de ter seu nome negativado.

Quanto aos débitos alimentares, afirma que continuou tentando arcar com os pagamentos mensais, ao menos de forma parcial, em média no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a partir de empréstimos de familiares e de amigos próximos.

Noticia também a propositura de ação revisional de alimentos no ano de 2020.

Acrescenta tratar-se de cenário de constrangimento ilegal, diante de sua situação financeira atual, a existência de ação revisional em curso e a ausência de urgência e atualidade dos débitos que ponham em perigo a subsistência dos filhos.

Desse modo, requer o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da ordem, a fim de cassar a decisão que decretou a prisão civil do paciente até o julgamento da ação revisional de alimentos.

A liminar foi deferida (fls. 1.137/1.141, e-STJ).

Informações prestadas pelo Tribunal de origem às fls. 1.183/1.198, e-STJ).

Petição juntada pelo impetrante, acompanhada de “*declaração*” assinada por um dos alimentandos, no sentido de que não deseja a prisão do genitor (fls. 1.209/1.211, e-STJ).

Agravo interno interposto pelos alimentandos (fls. 1.213/1.243, e-STJ).

Resposta pelo impetrante (fls. 1.286/1.296, e-STJ).

Parecer do Ministério Público às fls. 1.244/1.254, e-STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A ordem merece ser concedida.

Da análise dos autos, constata-se que o paciente teria se obrigado, por acordo celebrado em ação de divórcio consensual, devidamente homologado por sentença, ao pagamento de alimentos para os dois filhos do casal, à época menores de idade, no valor mensal de R\$ 28.464,00 (vinte e oito mil quatrocentos e sessenta e quatro reais).

A ordem de prisão civil foi determinada nos autos do Processo n. 0029964-97.2021.8.26.0100, pelo prazo de 30 (trinta) dias, ou até que o paciente pague todo o débito alimentar, no valor atualizado de R\$ 223.140,92 (duzentos e vinte e três mil cento e quarenta reais e noventa de dois centavos - atualização até setembro de 2022).

Há notícia, ainda, de que tramita ação revisional de alimentos, na qual se discute a alteração significativa dos rendimentos do alimentante, assim como o fato de, na sequência, um dos alimentandos ter atingido a maioridade civil e, atualmente, exercer atividade remunerada (Processo n. 1084433-13.2020.8.26.0100).

A propósito, destaca-se a “*declaração*”, juntada pelo filho do paciente, no sentido de que não deseja a prisão de seu pai e de que está ciente das dificuldades financeiras enfrentadas por ele (fl. 1.210, e-STJ).

Embora o palco adequado para a análise da possibilidade financeira do paciente e das necessidades dos alimentandos seja a ação revisional de alimentos, as peculiaridades do caso em análise evidenciam que o decreto de prisão civil constitui medida desproporcional e de eficácia questionável, uma vez demonstrada a ausência de risco alimentar.

Como já referido na decisão liminar, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a prisão civil só se justifica nas hipóteses em que *i)* seja indispensável à consecução dos alimentos inadimplidos; *ii)* atinja o objetivo teleológico perseguido pela medida privativa de liberdade, que é garantir,

pela coação extrema da prisão do devedor, a sobrevida do alimentando, e *iii*) constitua a fórmula que espelhe a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor.

Nesse sentido:

Recurso em *habeas corpus*. Execução de alimentos. Dívida relativa às três últimas prestação anteriores à execução. Maioridade dos alimentados e com potencial aptidão para desempenho de atividades laborativas remuneradas. Risco alimentar. Ausência. Perda da natureza emergencial dos alimentos. Alimentante que sofreu acidente e teve sua capacidade funcional limitada. Particularidades do caso que justificam a concessão da ordem. Recurso provido.

1. Consoante a jurisprudência do STJ, a despeito de estar caracterizada a omissão intencional do devedor em não saldar a dívida, *mostra-se possível afastar a prisão civil na hipótese de o risco alimentar e, por conseguinte, o próprio risco à subsistência do credor de alimentos não se fizerem presentes*.

2. *A constrição da liberdade somente se justifica se: "i) for indispensável à consecução dos alimentos inadimplidos; ii) atingir o objetivo teleológico perseguido pela prisão civil - garantir, pela coação extrema da prisão do devedor, a sobrevida do alimentado; e iii) for a fórmula que espelhe a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor"* (HC n. 392.521/SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 1º/8/2017).

3. No caso, além de os credores terem atingido a maioria e estarem aptos ao desempenho de atividade laborativa remunerada, *a dívida alimentar perdeu sua natureza emergencial capaz de justificar o decreto prisional*. Ademais, o alimentante sofreu limitação funcional em decorrência de acidente motociclístico e teve sua renda afetada. Assim, diante das particularidades da causa, a excepcional revogação da prisão é medida que se impõe.

4. Recurso ordinário provido para conceder a ordem (RHC 176.934/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 15/6/2023 - grifou-se).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Execução de alimentos. Prisão civil. Dívida relativa às três últimas prestações anteriores à execução e às vencidas no curso do processo. Ação de exoneração de alimentos julgada procedente. Credoras (exequentes) que atingiram a maioria, gozam de boa saúde e não demonstraram a necessidade de continuar recebendo os alimentos. Executado que se encontra desempregado e possui outros três filhos menores de idade. *Verba alimentar sem caráter de urgência*. Verificação. Precedentes. Recurso provido.

1. Não configura constrangimento ilegal a prisão civil do devedor de alimentos, em ação de execução proposta pelo rito do art. 528 do CPC/2015, objetivando o recebimento das prestações alimentícias vencidas nos três meses anteriores ao

ajuizamento da ação e das que se venceram no curso do processo (Súmula 309/STJ).

2. *Todavia, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se possível afastar a prisão civil na hipótese de o risco alimentar e, por conseguinte, o próprio risco à subsistência do credor de alimentos não se fizerem presentes. Com efeito, a constrição da liberdade somente se justifica se: "i) for indispensável à consecução dos alimentos inadimplidos; ii) atingir o objetivo teleológico perseguido pela prisão civil - garantir, pela coação extrema da prisão do devedor, a sobrevivência do alimentado; e iii) for a fórmula que espelhe a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor" (HC n. 392.521/SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 1º/8/2017).*

3. Na hipótese, verifica-se que a ação de exoneração de alimentos ajuizada pelo ora recorrente em desfavor de suas filhas (recorridas) foi julgada procedente, sob o fundamento de que as credoras atingiram a maioria, gozam de boa saúde e não demonstraram a necessidade de continuar recebendo os alimentos, ficando comprovado, ainda, que o autor se encontra desempregado e possui outros três filhos menores de idade, para os quais presta alimentos desde o ano de 2018.

4. *Evidencia-se, assim, a desnecessidade e a ineficácia da medida coativa, uma vez que, em relação às prestações pretéritas, não mais se vislumbra o caráter de urgência, a consubstanciar o risco alimentar, elemento indissociável da prisão civil, sem prejuízo, naturalmente, do prosseguimento da execução pelo rito da expropriação de bens.*

5. Recurso ordinário provido (RHC 176.935/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 25/5/2023 - grifou-se).

Agravo interno no *habeas corpus*. Inadimplemento de obrigação alimentar. Execução de sentença. Prisão civil. *Writ* utilizado como sucedâneo de recurso ordinário. Não cabimento. Precedentes. Exame da possibilidade de concessão da ordem de ofício. Credores da verba alimentar maiores de idade e com potencial aptidão para desempenho de atividades laborativas remuneradas que podem afastar o risco alimentar. Perda atual da natureza emergencial dos alimentos. Concessão da ordem de ofício. Agravo interno improvido.

1. A jurisprudência desta eg. Corte Superior já proclamou que, em regra, não é admissível a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Possibilidade excepcional de concessão da ordem de ofício. Precedentes.

2. *O STJ já proclamou que é admissível, excepcionalmente, a revogação da ordem de prisão quando verificada, no caso concreto, a inadequação da medida coercitiva em virtude da ausência de atualidade e urgência dos alimentos, como no caso em que, nos dias atuais, os credores são maiores de idade e com potencial aptidão para*

o desempenho de atividades profissionais, que podem afastar o risco alimentar pelo próprio esforço.

3. Agravo interno improvido (AgInt no HC 729.544/PR, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 29/8/2022, DJe de 31/8/2022 - grifou-se).

Processual Civil. *Habeas corpus*. Alimentos devidos a ex-cônjuge. Inadimplemento. Prisão civil. Possibilidade.

O texto constitucional e os comandos infraconstitucionais que lhe detalham, somente admitem a prisão civil de devedor de alimentos quando o inadimplemento colocar em risco a própria vida do credor-alimentado. *A prisão civil por dívida de alimentos não está atrelada a uma possível punição por inadimplemento, ou mesmo à forma de remissão da dívida alimentar, mas tem como primário, ou mesmo único escopo, coagir o devedor a pagar o quanto deve ao alimentado, preservando, assim a sobrevida deste, ou em termos menos drásticos, a qualidade de vida do alimentado.*

Se não há risco iminente à vida do credor de alimentos, ou mesmo, se ele pode, por meio de seu esforço próprio, afastar esse risco, não se pode aplicar a restrita e excepcional opção constitucional, porque não mais se discute a sublimação da dignidade da pessoa humana, em face da preponderância do direito à vida.

Seguindo a linha desse entendimento, a prisão civil só se justifica se: i) for indispensável à consecução dos alimentos inadimplidos; ii) atingir o objetivo teleológico perseguido pela prisão civil - garantir, pela coação extrema da prisão do devedor, a sobrevida do alimentado - e; iii) for a fórmula que espelhe a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor.

Em se tratando de prole menor ou incapaz, a iminência e impossibilidade de superação do risco alimentar é presunção que raramente pode ser desafiada.

No entanto, quando o credor de débito alimentar for maior e capaz, e a dívida se prolongar no tempo, atingido altos valores, exigir o pagamento de todo o montante, sob pena de prisão civil, é excesso gravoso que refoge aos estreitos e justificados objetivos da prisão civil por dívida alimentar, para desbordar e se transmutar em sanção por inadimplemento, patrocinada pelo Estado, mormente na hipótese, quando é sabido que o alimentante tem patrimônio passível de expropriação, fórmula até hoje não cogitada para a satisfação do crédito perseguido.

Ordem concedida para restringir o decreto prisional ao inadimplemento das três últimas parcelas do débito alimentar (HC 392.521/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 27/6/2017, DJe de 1/8/2017 - grifou-se).

Habeas corpus. Processual Civil. Alimentos devidos a ex-cônjuge. Inadimplemento. Prisão civil. Recente posicionamento da Terceira Turma do STJ. Liminar concedida.

1. A Terceira Turma do STJ, no julgamento do HC 392.521/SP (Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 01/08/2017), adotou novo posicionamento no sentido de que

“quando o credor de débito alimentar for maior e capaz, e a dívida se prolongar no tempo, atingindo altos valores, exigir o pagamento de todo o montante, sob pena de prisão civil, é excesso gravoso que refoge aos estreitos e justificados objetivos da prisão civil por dívida alimentar, para desbordar e se transmudar em sanção por inadimplemento”, concluindo, em razão disso, que a restrição civil só deve ocorrer pelo “inadimplemento das três últimas parcelas do débito alimentar”.

2. Na hipótese, trata-se de alimentos devidos à ex-cônjuge e que alcançam montantes elevados. Assim, diante das circunstâncias fáticas do presente caso e em razão dos substanciosos fundamentos exarados no referido precedente, vislumbra-se, em princípio, a desnecessidade da coação civil extrema, porquanto, em juízo perfunctório, não se consubstanciará o necessário risco alimentar da credora, elemento indissociável da prisão civil.

3. Liminar em *habeas corpus* deferida (HC 413.344/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 29/8/2017, DJe de 5/9/2017 - grifou-se).

Não se olvida da jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a obrigação alimentar não se extingue, automaticamente, quando os alimentandos atingem a maioridade, como bem destaca a Súmula n. 358/STJ: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeita à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.”

Ocorre que, no presente caso, um dos alimentandos, além de ter atingido a maioridade civil, exerce atividade laborativa, expressamente declara ciência das dificuldades financeiras enfrentadas pelo genitor e afirma não desejar sua prisão.

A questão, obviamente, merecerá consideração pela instância ordinária quando da análise acerca da manutenção da execução pelo rito da prisão civil, ou sua conversão no da expropriação de bens, ao menos em relação a um dos alimentandos, e mesmo a pertinência da revisão da obrigação alimentar originariamente estabelecida.

De qualquer modo, tal fato corrobora o afastamento do risco alimentar apto a justificar a medida coercitiva extrema, que não se mostra indispensável para satisfação do débito nem acarretará algum benefício aos alimentandos, sem prejuízo do prosseguimento da execução pelo rito da expropriação de bens.

Finalmente, o agravo interno interposto pelos alimentandos não pode ser conhecido.

Terceiros interessados são carecedores de ação para atuar a favor ou contrária a concessão da ordem discutida em *habeas corpus* ante a ausência de norma autorizativa da intervenção de terceiros no procedimento especial, bem como em decorrência da própria natureza do *writ*.

Nesse sentido, HC 397.565/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/6/2017, DJe de 30/6/2017; HC 622.826/MG, Quarta Turma, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 6/4/2021, DJe de 8/6/2021, e HC 692.000/PE, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 21/10/2021.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para afastar o decreto de prisão civil do paciente até o julgamento da ação revisional de alimentos. Deixo de conhecer do agravo interno interposto às fls. 1.213/1.243.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.899.732-PR (2020/0262712-3)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Condomínio Residencial Jardim Saveiros

Advogado: Paulo Esteves Silva Carneiro - PR056840

Recorrente: Silvana Leal

Advogados: Luiz Rodrigues Wambier - PR007295

Fernando Gaião Torreato de Carvalho - DF020800

Mauri Marcelo Bevervanço Junior - PR042277

Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advocacia

Juliano Felipe de Oliveira - PR073717

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Renúncia ao prazo recursal. Posterior interposição de apelação adesiva. Cabimento. Recurso especial de Silvana Leal provido. Recurso especial de Condomínio Residencial Jardim Saveiros prejudicado.

1. 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.

2. O recurso adesivo não se constitui uma espécie recursal propriamente dita, mas sim de modalidade de interposição de um recurso subordinado a um outro recurso já interposto pela parte contrária, com observância das regras do art. 997 do CPC/2015 e cujo propósito é encorajar a parte parcialmente vencida a aceitar o provimento jurisdicional, aguardando o termo final de interposição do recurso principal sem sobressaltos.

3. Essa modalidade pressupõe uma conformação inicial à decisão judicial, pois a pretensão da parte era, em um primeiro momento, a de não se insurgir contra o provimento, mas passou a ter interesse em recorrer a partir do instante em que a parte contrária optou por se insurgir contra a decisão.

4. A renúncia expressa ao prazo para interposição do recurso principal não pode ser estendida, de forma presumida e automática, ao prazo recursal do recurso adesivo, porquanto se trata de um direito exercitável somente após a intimação para contrarrazões ao recurso da parte contrária.

5. Recurso especial de Silvana Leal provido. Recurso especial de Condomínio Residencial Jardim Saveiros prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial de Silvana Leal e julgar prejudicado o recurso especial de Condomínio Residencial Jardim Saveiros, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2023 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 20.3.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Silvana Leal promoveu ação em desfavor de Condomínio Residencial Jardim Saveiros postulando a declaração do débito de R\$ 6.601,96 (seis mil, seiscentos e um reais e noventa e seis centavos) referentes às cotas condominiais em atraso.

O Magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar a abusividade dos juros de mora fixados em 10%, arbitrando-os em 2%, assim como da cobrança dos honorários advocatícios realizadas pelo réu, e determinar que a atualização monetária se dê pelo INPC.

Após a publicação da sentença, a autora expressamente renunciou ao prazo recursal. Por sua vez, o requerido interpôs apelação, o que justificou a interposição de apelação adesiva pela parte contrária.

A Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná não conheceu do recurso adesivo e conheceu do apelo principal para negar-lhe provimento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fls. 373-382):

Apelação cível e recurso adesivo. Ação ordinária. Taxas condominiais. Preliminar de contrarrazões afastada. Afronta ao princípio da dialeticidade não verificada. Insurgência que visa a reforma do comando sentencial. Apelo adesivo. Renúncia de prazo formalizada após prolação da sentença. Liberalidade. Aquiescência com o comando sentencial. Prática de ato incompatível com a vontade de recorrer. Posterior interposição de recurso adesivo. Inadmissibilidade. Não conhecimento. Juros de mora sobre as taxas inadimplidas. Pretensão de incidência do percentual previsto na Convenção do Condomínio (10%). Descabimento. Abusividade flagrante. Percentil superior à taxa legal. Possibilidade de incidência. Atenção às balizas estabelecidas pela Lei de Usura. Decreto 22.626/33. Limitação ao dobro da taxa legal. Precedentes. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.

1. Consoante já decidido nesta eg. Corte: “a renúncia expressa e sem ressalva alguma ao direito de recorrer implica manifestação inequívoca de conformidade da parte com o provimento jurisdicional, denotando a ausência de prejuízo apto a tornar legítimo seu efetivo interesse em ver alterada a sentença, configurando prática de ato incompatível com a vontade recorrer, restando a decisão atingida pela preclusão lógica” (TJPR - 17ª C. Cível - AC -995152-4 - Londrina - Rel.: Francisco Jorge - Unânime - J. 21.08.2013)

2. Entendimento consolidado na Corte Cidadã: “após o advento do Código Entendimento consolidado na Corte Cidadã: Civil de 2002, é possível fixar na convenção do condomínio juros moratórios acima de 1% (um por cento) ao mês em caso de inadimplemento das taxas condominiais” (AgRg no REsp 1.445.949/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 16/02/2017)

3. Pese possível, desde que convencionada, a incidência de juros de mora acima do percentual indicado, o pleito de fixação nos parâmetros da Convenção Condominial – em 10% (dez por cento) ao mês – encontra óbice na Lei de Usura, art. 1º, segundo o qual é vedada a estipulação de taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal. Dessarte, atento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, à conta da abusividade flagrante da pretensão, hão de ser limitados os juros de mora incidentes sobre as taxas condominiais inadimplidas em 2% (dois por cento) ao mês – dobro da taxa legal.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para sanar erro material.

Silvana Leal interpõe recurso especial, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, apontando violação aos arts. 489, I e § 1º, 997, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015 (e-STJ, fls. 460-476).

Sustenta, em síntese, a existência de negativa de prestação jurisdicional por parte do Tribunal de origem, ao deixar de analisar questões imprescindíveis ao correto deslinde da controvérsia. Aduz, ainda, a possibilidade de interposição da apelação adesiva, ainda que tenha havido renúncia ao prazo recursal anteriormente à interposição de recurso pela parte contrária.

Contrarrazões às fls. 492-496 (e-STJ).

Por sua vez, *Condomínio Residencial Jardim Saveiros* também apresenta recurso especial, amparado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 406 e 1.336, § 1º, do CC (e-STJ, fls. 554-559).

Defende, em suma, a possibilidade de cobrança de juros moratórios superiores a 1% ao mês, desde que expressamente convencionados, não havendo falar em abusividade da sua fixação em 10%.

Contrarrazões às fls. 596-609 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): De início, cumpre assinalar que, por uma questão de prejudicialidade, será analisado primeiramente o recurso especial da condômina.

Quanto à negativa de prestação jurisdicional, salienta-se que a recorrente sustenta que o acórdão *a quo* não contemplou o relato completo do pedido

inicial e da contestação, tendo-se omitido sobre fatos indispensáveis ao correto deslinde da controvérsia.

O argumento, contudo, não procede. Isso porque, do exame dos autos, verifica-se que a Corte de origem apreciou expressamente os temas suscitados pelas partes, sobretudo em relação ao cabimento do recurso adesivo na espécie, conforme se depreende dos seguintes trechos extraídos do aresto estadual (e-STJ, fls. 377-378):

Quanto ao Recurso Adesivo, cumpre ter-se presente que, prolatada a r. sentença de parcial procedência da pretensão inicial (mov. 53.1), após sua intimação a 07/08/2018 (mov. 59.1), *Silvana Leal* expressamente renunciou o prazo recursal (mov. 61), sem qualquer ressalva.

A despeito das ilações tecidas pela Autora – inclusive na manifestação oportunizada (mov. 14.1-TJ) –, à luz do CPC, art. 1.000, eventual renúncia ao prazo recursal, sem a ressalva respectiva, revela aceitação do comando sentencial, inviabilizando, por preclusão, eventual insurgência posterior, ainda que pela via Adesiva.

(...)

Não há obviar-se, nesse exame, que “cabe ao juiz avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º, segundo o qual àquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.^[5] Logo, renunciado o prazo recursal quando da intimação da r. sentença, por liberalidade e sem condicionantes, há aceitação tácita da parte, em manifesta incompatibilidade com a interposição de Apelo, ainda que pela via Adesiva, em momento posterior.

Ora, de forma certa ou errada, a questão foi apreciada pelo Tribunal estadual, que considerou a transitoriedade da cláusula de incomunicabilidade e as datas dos fatos para julgar a controvérsia, não havendo, portanto, a apontada negativa de prestação jurisdicional, motivo pelo qual se afasta a violação aos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No tocante ao cabimento da apelação adesiva, cumpre destacar que o Código de Processo Civil de 1973, inspirado em figuras semelhantes do direito comparado, introduziu a figura do recurso adesivo no ordenamento jurídico pátrio, pretendendo influenciar o comportamento do litigante para incentivar a inércia das partes e a conformação recíproca com o resultado do processo.

Consabido, não expressa o recurso adesivo uma espécie recursal propriamente dita, mas sim de modalidade de interposição de um recurso subordinado a um outro recurso já interposto pela parte contrária, tanto é

que, segundo o art. 997, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, o recurso adesivo tem seu conhecimento condicionado ao do recurso independente, sendo admissível apenas na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial.

Desse modo, um dos propósitos dessa modalidade recursal é exatamente encorajar a parte parcialmente vencida a aceitar o provimento jurisdicional, aguardando o termo final de interposição do recurso principal sem sobressaltos, uma vez que, caso a outra parte também não recorra, haverá trânsito em julgado da decisão; mas, em caso de recurso, será oportunizado à parte ainda inerte a interposição de recurso com o objetivo de melhorar sua situação.

Esse ponto é muito bem trabalhado por Araken de Assis, veja-se:

Nada obstante, o CPC de 1973, inspirando-se em figuras similares de outros ordenamentos, e nas análises que apontavam a inferioridade do regime nacional, estimou oportuno criar ambiente propício à expectativa do conformismo recíproco, incentivando as partes a permanecerem inertes. Objetivou o legislador, introduzindo o instituto sofisticado do recurso “adesivo”, influenciar na psicologia do litigante. A receita manteve-se no art. 997, § 1º, do CPC de 2015.

Inclinando-se uma das partes parcialmente vencida a aceitar o provimento, mostrar-se-á possível aguardar o prazo final do recurso cabível, chamado de principal ou independente (art. 997, *caput*: “Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais”), sem sobressaltos, concebendo-se, encerrado o interregno, dois termos de alternativa: não recorrendo o adversário, o provimento transitará em julgado, respeitada a atitude inicial; interposta a apelação pela outra parte, a qual assumirá o papel de recurso independente, principal ou autônomo, abrir-se-á oportunidade suplementar, no prazo de resposta, para o litigante inicialmente omissos recorrer por sua vez, visando melhorar a própria situação. É o que dispõe, em síntese larga, o mecanismo consagrado no art. 997, § 1º e § 2º.

Essa modalidade recursal há de se chamar, considerando sua natureza, de recurso subordinado (infra, 3.3.1), a despeito da preferência legal pelo epíteto de recurso “adesivo” – adesão à remessa da causa ao órgão ad quem, e, não, ao conteúdo da impugnação –, e a respectiva essência é bem apreendida no seguinte juízo: “O recurso ‘adesivo’ nada mais é do que recurso contraposto ao da parte adversa, por aquela que se dispunha a não impugnar a decisão, e só veio a impugná-la porque o fizera o outro litigante”. Evidentemente, nada obsta que a parte, configurada a sucumbência recíproca, delibere interpor seu recurso de modo independente, pouco importando se o adversário recorrerá ou não.

À semelhança de outros mecanismos de relativa complexidade e sofisticação técnica, o recurso subordinado recebe louvores, destacando-se a importância sistemática da figura, e o legislador não poderia deixar de prevê-lo, cobrindo a intenção de não recorrer caso o adversário também não recorra, mas seu uso na

prática é escasso, senão inexpressivo. (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos* [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021)

Logo, o recurso adesivo pressupõe uma conformação inicial à decisão judicial, ainda que tácita, pois a pretensão da parte era, em um primeiro momento, a de não se insurgir contra o provimento, mas passou a ter interesse em recorrer a partir do instante em que a parte contrária optou por se insurgir contra a decisão.

Essa premissa pode ser depreendida do inciso I do § 2º do art. 997 do CPC/2015, ao estabelecer que o recurso adesivo será apresentado no prazo de que a parte dispõe para responder, ou seja, sua interposição passa a ser possível apenas quando a parte conformada com o resultado da decisão é intimada para apresentar contrarrazões ao recurso independente da outra parte.

Assim, a sistemática própria do recurso adesivo exige a ação de interpor o recurso principal por um litigante e, de outro lado, a inércia ou uma conduta negativa da parte conformada, como é o caso da renúncia ao prazo recursal.

Nesse ponto, oportuno salientar que a renúncia ao prazo recursal ou o transcurso do prazo do recurso independente não se confundem com a desistência do recurso, porquanto esta pressupõe a interposição do recurso, enquanto aquela pode ser considerada como o ato pelo qual a parte manifesta a intenção de não interpor recurso (conduta negativa).

Na vigência do CPC/1973 se dizia que era vedada a renúncia ao direito de recorrer antes que ele fosse exercitável, mas, com a entrada em vigor do CPC/2015, essa matéria ganhou novos contornos ante a previsão legal que viabilizou os negócios jurídicos processuais.

Em face disso, pode-se vislumbrar a possibilidade de as partes estabelecerem em um negócio jurídico processual a renúncia prévia ao direito de recorrer ou, como exemplifica a doutrina, a renúncia ao recurso independente, reservando-se o direito de interpor recurso adesivo.

Nesse sentido:

Costuma-se dizer que não se admite renúncia a termo ou sob condição. Dai, não se admite a renúncia antes do momento em que o direito de recorrer seria exercitável - não se admite renúncia anterior à prolação da decisão que poderia ser impugnada. Essa era a posição deste Curso até a 12a ed.

Mudamos de posicionamento. Refletindo mais sobre o tema, sobretudo a partir da combinação dos arts. 190 e 200 do CPC-2015. É possível, por exemplo,

uma renúncia bilateral prévia, sob a condição de o juiz, por exemplo, homologar a autocomposição a que as partes chegaram. A condição é um elemento acidental do negócio jurídico, não havendo nada que impeça sua presença na renúncia ao recurso. A parte pode, por exemplo, renunciar previamente ao recurso, desde que não haja vício de procedimento; em outras palavras, a renúncia pode ressaltar determinadas situações.

É possível que se renuncie ao direito de recorrer de forma independente, reservando-se o direito de interpor recurso adesivo (ver mais à frente item sobre recurso adesivo). Ou seja: *é possível que a parte renuncie apenas ao direito de recorrer independentemente, sem que o faça em relação ao direito de recorrer adesivamente*. Havendo litisconsórcio unitário, a renúncia somente será eficaz se todos os litisconsortes a ela anuírem. (DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil* - Vol. 3. [livro eletrônico] 19 ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2022 - sem grifo no original)

Diante dessas considerações, vê-se que a abdicação expressa ao prazo para interposição do recurso principal não enseja a automática renúncia à apresentação do apelo subordinado, sobretudo porque o seu cabimento é verificado somente após a intimação para as contrarrazões e sua admissibilidade está condicionada à do recurso principal.

Destaca-se que, em virtude das novidades trazidas pelo CPC/2015, até poder-se-ia cogitar de uma renúncia prévia aos prazos recursais do apelo principal e do adesivo, desde que expressa e inequívoca, mas essa não é a realidade dos autos. No caso, além de não ter sido firmado um negócio jurídico processual entre as partes, a renúncia expressa foi direcionada única e exclusivamente ao prazo do recurso principal, não sendo possível, por meio de interpretação extensiva, também alcançar o prazo do apelo subordinado.

Por conseguinte, presumir a renúncia ao prazo do recurso adesivo, que nem sequer era exercitável ao tempo da renúncia manifestada na hipótese dos autos, e sem uma manifestação expressa da parte nesse sentido, contraria a própria finalidade dessa modalidade de interposição recursal.

Ademais, não se descarta do comando do art. 1.000 do CPC/2015, o qual determina que a parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer, mas tal previsão não se contrapõe à interpretação que ora se encaminha, já que se está a reconhecer exatamente o fato de que, por não ser um direito ainda exercitável, não houve renúncia ao prazo para recorrer adesivamente.

Assim, vê-se que o Tribunal de Justiça do Paraná considerou que “eventual renúncia ao prazo recursal, sem a ressalva respectiva, revela aceitação do comando sentencial, inviabilizando, por preclusão, eventual insurgência posterior, ainda que pela via Adesiva” (e-STJ, fl. 377).

Contudo, é incabível falar em preclusão lógica de um direito que nem sequer era exercitável, bem como não se pode estender uma conduta negativa a um ato processual futuro apenas com base numa presunção. Mostra-se imperiosa, portanto, a reforma do acórdão recorrido quanto ao conhecimento do recurso adesivo, determinando-se do retorno dos autos à origem para que prossiga no seu julgamento.

Ante o exposto, conheço do recurso especial de Silvana Leal para dar-lhe provimento a fim de, reconhecendo o cabimento da apelação adesiva, determinar o retorno dos autos à Corte estadual para que prossiga no seu julgamento, como entender de direito.

Fica prejudicado o recurso especial interposto por Condomínio Residencial Jardim Saveiros.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.018.788-RS (2022/0179533-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Samuel Moreira da Paixao

Advogado: Gabriel Rodrigues Garcia - RS051016

Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda

Advogados: Isabela Braga Pompilio - DF014234

Gabriela Vitiello Wink - RS054018

Eduardo Bastos Furtado de Mendonça - RJ130532

Felipe de Melo Fonte - RJ140467

Alberto de Medeiros Filho - DF024741

Natália Alves Barbosa - DF042930

Andreia Barbosa Roriz - DF038742

Oswaldo Francisco Coelho Neto - DF067083

EMENTA

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Roubo praticado por passageiros

contra motorista de aplicativo. Responsabilidade civil da empresa gerenciadora do aplicativo (Uber). Impossibilidade. Caso fortuito externo. Imprevisibilidade e inevitabilidade da conduta. Autonomia e independência na relação profissional desempenhada por aplicativo e seus motoristas credenciados. Ausência do dever de indenizar. Ausência de nexo causal entre a conduta da Uber (gerenciadora de aplicativo) e o fato danoso. Risco da atividade de transporte. Dissídio jurisprudencial não conhecido. Súmula 83 do STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

1. É do terceiro a culpa de quem pratica roubo contra o motorista de aplicativo. Caso fortuito externo a atuação da *Uber*.

2. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que o roubo é fato de terceiro que rompe o nexo de causalidade. Precedentes.

3. Inexistência, por outro lado, de vínculo de subordinação entre motoristas de aplicativo e a empresa gerenciadora da plataforma. Precedentes (*Nesse sentido, confira-se: STJ, CC n. 164.544/MG, de minha relatoria, DJe 4/9/2019; e recente julgado do STF, Rcl n. 59.795, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, DJe 19/5/2023*).

4. Não há ingerência da *Uber* na atuação do motorista de aplicativo, considerado trabalhador autônomo (art. 442-B, da CLT), salvo quanto aos requisitos técnicos necessários para esse credenciamento que decorrem estritamente da relação estabelecida entre o transportador e a gerenciadora da plataforma, e que se limitam à parceria entre eles ajustada.

5. *Assalto*, fato de terceiro, estranho ao contrato de fornecimento/gerenciamento de aplicativo tecnológico oferecido pela *Uber*, para a intermediação entre o passageiro e o motorista credenciado, foge completamente de sua atividade-fim, caracterizando *fortuito externo*.

6. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Acórdão em consonância com a orientação do STJ. Súmula 83 do STJ. Não conhecimento.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Humberto Martins, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de junho de 2023 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 27.6.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por *Samuel Moreira da Paixão (Samuel)* contra *Uber do Brasil Tecnologia Ltda. (Uber)*, a fim de reconhecer a responsabilidade civil da aludida empresa gerenciadora de aplicativo, pelo *assalto a mão armada* de que foi vítima o autor, na ocasião em que prestava serviço como motorista credenciado.

Em primeira instância, o pedido foi julgado parcialmente procedente (e-STJ, fls. 212/218).

Uber interpôs apelação que foi provida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, em acórdão de relatoria da Desembargadora *Denise Oliveira Cezar*, abaixo ementado (e-STJ, fls. 279/280):

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Roubo por supostos passageiros a motorista de aplicativo (Uber). Ausência de responsabilidade por parte da empresa mantenedora do aplicativo.

A responsabilidade civil tem por elemento central uma conduta voluntária que viola um dever jurídico. Neste diapasão, caso o dever passível de violação seja proveniente de um negócio jurídico preexistente, estar-se-á diante de responsabilidade civil contratual. Já na hipótese de o dever violado ser decorrente de um preceito geral de direito ou da própria lei, estar-se-á diante de responsabilidade civil extracontratual.

Para além destas duas espécies de responsabilidade civil, tem-se que a responsabilidade civil extracontratual subdivide-se em responsabilidade civil subjetiva, prevista nos arts. 186 e 187 do Código Civil, e em responsabilidade civil objetiva, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Ocorre que não se vislumbra, no caso em apreço, a subsunção dos fatos a nenhuma das espécies de responsabilidade civil supracitadas. Primeiramente, cumpre apontar que não foi carreado aos autos o contrato entabulado entre as partes, tampouco foi solicitada a sua exibição pela parte autora, de modo com que é inviável aferir se eventual dever estabelecido por este negócio jurídico foi violado.

Tampouco restam preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, seja subjetiva ou objetiva.

Com efeito, à medida com que o ato danoso, qual seja, o roubo, foi praticado por terceira pessoa, estranha ao feito, inexistente no caso conduta ilícita culposa ou dolosa praticada pela ré a ensejar a responsabilidade subjetiva.

Também não há que se falar em responsabilidade objetiva, uma vez que a atividade desempenhada pela ré não representa, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.

Ora, o risco de assaltos é inerente à sociedade contemporânea, que vive uma grave crise de segurança pública, a qual por sua vez compete exclusivamente ao Estado.

Desta feita, impossível imputar à companhia ré a responsabilidade por fato de terceiro, que decorre em especial de falha do Estado, que não assegura aos cidadãos o direito fundamental à segurança.

Por consequência, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo pelo cabimento do juízo de improcedência da demanda, razão pela qual a sentença deve ser reformada.

Irresignado, *Samuel* interpôs recurso especial com base no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da CF, apontando violação aos arts. 186 e 927 do CC/02, ao sustentar, em suma, que (1) *Uber* deve se responsabilizar pelos danos por ele sofridos, no *assalto a mão armada praticado por terceiro*, ante a negligência quanto a fiscalização dos perfis de usuários, cadastrados em sua plataforma; e (2) divergência jurisprudencial em relação ao recurso n. 1034896-11.2017.8.26.0114, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e-STJ, fls. 287/296).

O recurso não foi admitido pela Corte gaúcha, por incidência da Súmula 283, do STF e da Súmula 7 do STJ (e-STJ, fls. 322/325).

Sobreveio agravo em recurso especial, alegando inocorrência dos mencionados óbices sumulares (e-STJ, fls. 332/338).

Foi apresentada contraminuta (e-STJ, fls. 345/351).

Diante da relevância da questão exposta, para melhor examinar a tese suscitada, dei provimento ao agravo, determinando a sua conversão em recurso especial (e-STJ, fls. 360/362).

Uber opôs embargos de declaração (e-STJ, fls. 367/377) que foram rejeitados (e-STJ, fls. 383/388).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): A irresignação não merece prosperar.

Samuel pretendeu, com a presente ação, responsabilizar *Uber* pelo fato de ter sido vítima de *assalto a mão armada*, enquanto prestava serviços como motorista credenciado pelo aplicativo por aquela gerido.

A sentença de primeiro grau julgou procedente em parte o pedido, sob os fundamentos a seguir transcritos (e-STJ, fls. 214/215):

Assim, no caso em tela, observa-se que o fato decorreu da atividade desenvolvida pela plataforma, porque houve um chamado pelo aplicativo que não correspondeu ao que o autor esperava, pois não encontrou uma passageira a sua espera, mas sim dois homens, inclusive armados.

Trata-se, portanto, de fato inerente à atividade econômica ordinária, configurando-se fortuito interno e não mero ato de terceiro.

Agrego que é dever da plataforma proporcionar ferramentas que poderiam, senão evitar completamente, ao menos reduzir o risco de crimes praticados por “falsos passageiros”, bem assim assegurar que os chamados correspondem efetivamente a quem ali consta em seus cadastros, cujo comportamento e perfil são de possível avaliação interna.

A partir do momento que empresa ré exige um cadastro interno, com dados pessoais dos passageiros, inclusive avaliação, garante a segurança em cada corrida na qualidade de intermediadora da relação de transporte, pois analisa e avalia os envolvidos, não só os motoristas, mas os passageiros, pois passam por um cadastro anterior e são avaliados pelos demais motoristas da “rede”, e essa prévia análise gera nos envolvidos uma sensação e expectativa de segurança.

Assim, sabedora da violência que grassa no Estado, a ré assumiu o risco de atuar no mercado de transporte por meio de aplicativo, aproximando pessoas desconhecidas para a realização de viagens a locais, muitas vezes, potencialmente

inseguros, não sendo razoável que apenas os motoristas amarguem os danos sofridos.

Outrossim, não é dado ao motorista cancelar suas corridas a depender do local de acesso, ainda que eventualmente, pois, embora a plataforma permita essa opção, o “parceiro” é punido, pois sofre queda da nota de avaliação para os demais usuários, o que pode prejudicar a sua aceitação pelos passageiros no aplicativo, ou até mesmo sua exclusão, conforme explicou a testemunha, advertida e compromissada, Tiago Krenczinski.

Aliás, sabe-se que também os passageiros que cancelam corridas rotineiramente podem ser punidos com a cobrança parcial das mesmas e, internamente, na sua pontuação, sem que lhes seja dada opção diferente.

Diante disso, é de se acolher a responsabilidade civil objetiva da parte ré pelos danos decorrentes do assalto à mão armada praticado contra o autor, enquanto vítima e motorista credenciado da plataforma disponibilizada pela requerida, em decorrência do caso fortuito interno, porque o fato aconteceu mediante chamado de “falso passageiro” - sem destaque no original.

Acolhendo a apelação interposta por *Uber*, o TJRS reformou a sentença, conforme segue (e-STJ, fls. 277/278):

A controvérsia recursal cinge-se portanto em analisar se a requerida pode ser responsabilizada pelos danos narrados na exordial.

A responsabilidade civil tem por elemento central uma conduta voluntária que viola um dever jurídico.

Neste diapasão, caso o dever passível de violação seja proveniente de um negócio jurídico preexistente, estar-se-á diante de responsabilidade civil contratual.

Já na hipótese de o dever violado ser decorrente de um preceito geral de direito ou da própria lei, estar-se-á diante de responsabilidade civil extracontratual.

Para além destas duas espécies de responsabilidade civil, tem-se que a responsabilidade civil extracontratual subdivide-se em responsabilidade civil subjetiva, prevista nos arts. 186 e 187 do Código Civil, e em responsabilidade civil objetiva, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de dano causado em razão de ato culposo ou doloso, em que a obrigação de indenizar é consequência lógica da prática do ato ilícito, e cada agente responde pela própria culpa.

Há ainda situações em que o ordenamento jurídico admite o dever de indenizar mesmo sem a existência de culpa.

Trata-se da responsabilidade civil objetiva, a qual tem como fundamento o risco da atividade desenvolvida pelo agente.

Nesta hipótese, o dolo ou a culpa na conduta do agente são irrelevantes, sendo necessária tão somente a existência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Ocorre que não se vislumbra, no caso em apreço, a subsunção dos fatos a nenhuma das espécies de responsabilidade civil supracitadas.

Primeiramente, cumpre apontar que não foi carreado aos autos o contrato entabulado entre as partes, tampouco foi solicitada a sua exibição pela parte autora, de modo com que é inviável aferir se eventual dever estabelecido por este negócio jurídico foi violado. Tampouco restam preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, seja subjetiva ou objetiva.

Com efeito, à medida com que o ato danoso, qual seja, o roubo, foi praticado por terceira pessoa, estranha ao feito, inexistente no caso conduta ilícita culposa ou dolosa praticada pela ré a ensejar a responsabilidade subjetiva.

Também não há que se falar em responsabilidade objetiva, uma vez que a atividade desempenhada pela ré não representa, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.

Ora, o risco de assaltos é inerente à sociedade contemporânea, que vive uma grave crise de segurança pública, a qual por sua vez compete exclusivamente ao Estado.

Desta feita, impossível imputar à companhia ré a responsabilidade por fato de terceiro, que decorre em especial de falha do Estado, que não assegura aos cidadãos o direito fundamental à segurança.

Por consequência, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo pelo cabimento do juízo de improcedência da demanda, razão pela qual a sentença deve ser reformada.

Face ao resultado operado, condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que vão fixados em 10% do valor da causa, suspensa a exigibilidade em razão da concessão da gratuidade judiciária. Ante o exposto, voto por prover o recurso para julgar improcedente a demanda - com destaque no original.

Feita essa breve síntese, passo a análise da controvérsia recursal.

(1) Da alegada violação dos arts. 186 e 927 do CC/02

Samuel sustentou que o acórdão recorrido violou os arts. 186 e 927 do CC/02, com o argumento de que *Uber*, na qualidade de empresa responsável pelo aplicativo do que era motorista credenciado, agiu com negligência em seu dever de fiscalização dos usuários da referida plataforma.

Segundo aduziu, a *segurança* seria um dos diferenciais oferecidos por *Uber* que, portanto, falhou na prestação de seus serviços, ao permitir um falso cadastro de passageiro para a prática deliberada de crimes (e-STJ, fl. 291).

Sem razão, contudo.

Inicialmente, anoto que a Corte estadual entendeu ser inviável a análise de eventual descumprimento contratual por parte da *Uber*, em relação ao alegado dever de segurança dos motoristas credenciados, relativamente a fiscalização dos perfis de seus usuários/passageiros, ante a ausência da juntada aos autos do contrato entabulado entre as partes.

Veja-se (e-STJ, fl. 278):

Primeiramente, cumpre apontar que não foi carreado aos autos o contrato entabulado entre as partes, tampouco foi solicitada a sua exibição pela parte autora, de modo com que é inviável aferir se eventual dever estabelecido por este negócio jurídico foi violado - sem destaque no original.

Alterar esse entendimento, demandaria o revolvimento de fatos e provas, esbarrando no óbice da Súmula 7 do STJ.

De qualquer forma, também não se vislumbra, na hipótese, responsabilidade civil extracontratual (seja objetiva ou subjetiva) por parte da *Uber*, pelos danos decorrentes do roubo que vitimou *Samuel*, enquanto prestava serviços de motorista credenciado do aludido aplicativo.

A atividade desenvolvida por *Uber* no mercado se dá através de um aplicativo de celular, com a finalidade de fazer a *aproximação entre os motoristas parceiros e seus clientes, os passageiros*.

Os motoristas de aplicativo *não* mantém, portanto, nenhuma relação de subordinação com a empresa gerenciadora do aplicativo.

Referidos profissionais atuam de forma eventual, sem horários preestabelecidos e com remuneração derivada, justamente, dos transportes efetivamente prestados, detendo amplos poderes de organização e escolha do momento e local mais conveniente em que serão fornecidos seus serviços.

Verifica-se, portanto, uma *natureza autônoma e independente* na atuação de ambos os segmentos de atuação - *Uber* e motoristas -, ainda que se correlacionem, em uma cadeia de fornecimento de serviços, no tocante ao vínculo com os usuários/passageiros.

Uber atua como facilitadora pelo encontro de usuários/passageiros com os motoristas credenciados que, por sua vez, atuam como executores diretos dos serviços de transporte.

Assim, a natureza jurídica do relacionamento existente entre a *Uber* e os motoristas credenciados possui caráter eminentemente civil e comercial, com os ônus advindos das respectivas e diferentes *funções por eles exercidas*.

As atividades profissionais desenvolvidas por *Uber* e por *Samuel* (motorista credenciado do aplicativo) integram uma cadeia de fornecimento de serviços, para fins de responsabilização civil por danos ocasionados a seus usuários/consumidores, mas, em relação ao pacto negocial existente entre eles, prevalece a autonomia da vontade e a independência na atuação de cada um.

Tanto é que a manutenção do aplicativo, as atualizações de seus softwares, o pessoal contratado para o desenvolvimento dessas tecnologias, são ônus inerentes à atividade desenvolvida pela *Uber* e que não são repassadas ao motorista parceiro.

Já o motorista, por sua vez, deve se ater aos custos, cuidados e manutenção com o veículo utilizado no transporte (seja de sua propriedade ou locado), abastecimento, aquisição de aparelho celular, seguros e demais itens necessários ao credenciamento na plataforma, bem como ao efetivo transporte dos passageiros.

Não há ingerência de um na atuação do outro, salvo quanto aos requisitos técnicos necessários para o credenciamento do motorista parceiro, que decorrem estritamente da relação comercial estabelecida entre o transportador e a *Uber* e que se limitam a esse credenciamento.

O motorista credenciado é, portanto, considerado trabalhador autônomo, à luz do disposto no art. 442-B, da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, *in verbis*:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

Nesse sentido, a Lei n. 13.640/2018, que alterou a Lei n. 12.587/2012 (Lei da Política de Mobilidade Urbana), incluiu em seu art. 4º o inciso X:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

Também nessa toada, veio a Lei n. 13.874/2019, instituindo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, dispor, em seu art. 3º, incisos V e VI, que:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do *art. 170 da Constituição Federal*:

V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;

VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos;

Diante desse cenário, onde inúmeros avanços tecnológicos repercutem diretamente nas relações profissionais, a lei atribuiu o caráter privado às atividades de transporte individual, em consonância com o conceito adotado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), para o compartilhamento de bens entre pessoas, por meio de sistema informatizado, chamado de “peer-to-peer platforms” ou “peer platform markets”, ou seja, um mercado entre pares - P2P, conforme esclarece a doutrina:

Essa nova modalidade de interação econômica não se confunde com os clássicos modelos que envolvem uma empresa e um consumidor (B2C - business to consumer), duas empresas (B2B - business to business) ou consumidores (C2C - consumer to consumer). Há, na realidade, um “*mercado de duas pontas*” (*two-sided markets*), visto que existem dois sujeitos interessados, sendo que um deles se predispõe a permitir que o outro se utilize de um bem, que se encontra em seu domínio, e o outro concorda em usufruí-lo mediante remuneração.

(SILVA, Joseane Suzart Lopes da., O transporte remunerado individual de passageiros no Brasil por meio de aplicativo: a Lei 13.640/2018 e a proteção dos consumidores diante da economia do compartilhamento. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 118, ano 27, pp. 157/158 - sem destaque no original)

As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitem criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (sharing economy), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é facilitada por aplicativos gerenciados por empresas de tecnologia.

Nesse processo, tanto os motoristas, executores da atividade de transporte, como as gerenciadoras das plataformas (empresas de tecnologia), mantém sua

autonomia e independência, ainda que suas atividades sejam realizadas em parceria.

Desse modo, o fato de *Samuel* ter sido vítima de *assalto a mão armada*, quando de sua prestação de serviços de transporte, não decorreu do serviço prestado pela *Uber*, já que agiu como mera facilitadora da integração entre passageiros/motoristas.

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte entende que o roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra, é fato de terceiro equiparável à força maior - *que hoje a doutrina prefere nomear como fortuito externo* - e que exclui o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva, por danos ao consumidor.

Nesse sentido:

Agravo interno no recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Roubo perpetrado no interior de estabelecimento comercial diverso de instituição financeira. Danos materiais. Fato exclusivo de terceiro. Fortuito externo. Obrigação de reparar a lesão. Ausência. Precedentes. Agravo interno não provido.

1. *Em se tratando de responsabilidade civil de empresa fornecedora de bens e serviços, de natureza diversa à das instituições financeiras ou outras atividades que demandam vigilância e segurança ostensivas reforçadas, não tem obrigação de indenizar as lesões material e extrapatrimonial, pelo roubo mediante uso de arma de fogo ocorrido no interior de seu estabelecimento comercial.*

2. *Em tais situações, a jurisprudência desta Casa entende que o evento é equiparado a fortuito externo, situando fora do risco da atividade mercantil.*

3. O roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.801.784/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20/8/2019, DJe 23/8/2019 - sem destaque no original)

Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Roubo com arma de fogo cometido contra hóspede de hotel em via pública. Responsabilidade civil do estabelecimento hoteleiro. Inexistência. Fortuito externo. Rompimento do nexo de causalidade. Ausência de defeito no serviço prestado. Recurso provido.

1. Discute-se neste feito se o hotel recorrente tem responsabilidade por crime de roubo cometido com emprego de arma de fogo contra hóspede em

estacionamento gratuito, localizado em área pública em frente ao respectivo estabelecimento hoteleiro.

2. A responsabilidade civil dos hotéis, em relação aos hóspedes, é objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

O parágrafo 3º do referido dispositivo legal, no entanto, estabelece que o fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar que o defeito inexistente ou comprovar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, situações que rompem o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano ocorrido.

3. *No caso em julgamento, não há que se falar em responsabilidade civil do hotel pelo roubo cometido com emprego de arma de fogo contra hóspede em via pública, mesmo que a ação delituosa tenha ocorrido em frente ao respectivo estabelecimento hoteleiro, porquanto, além de não ter ficado comprovado qualquer defeito no serviço prestado, houve rompimento do nexo de causalidade na hipótese, em razão da culpa exclusiva de terceiro (CDC, art. 14, § 3º, II), equiparado ao fortuito externo.*

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.763.156/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 5/2/2019, DJe 15/2/2019 - sem destaque no original)

Assim, como bem ponderado pela Corte estadual, o roubo de que foi vítima *Samuel*, por se enquadrar no conceito de *fato de terceiro*, rompe o nexo de causalidade entre a conduta da *Uber*, intermediadora de usuários/passageiros e motoristas credenciados, e o fato danoso, cujo risco é inerente a atuação do transportador e que por ele deve ser assumido.

Na análise do risco da atividade profissional deve-se levar em consideração a natureza do bem da vida, objeto dessa atuação.

Como exemplo, temos as instituições bancárias que, precipuamente, guardam e gerenciam valores em espécie, ou empresas de segurança que, por lidarem diretamente com a salvaguarda da integridade física e/ou patrimonial de pessoas, necessitam promover uma vigilância ostensiva, no exercício de suas atividades e, conseqüentemente, assumem o risco de contratempos envolvendo roubos e práticas similares, bem como a responsabilidade pelos danos dali advindos.

Ressalto, ainda, que, conforme entendimento desta Corte Superior e, atualmente, do Supremo Tribunal Federal, a *Uber* é responsável pelo

gerenciamento de sua plataforma digital, pelo cadastro de seus clientes (passageiros) e pelo cadastro dos motoristas credenciados, com os quais, não mantém vínculo empregatício (*Nesse sentido, confira-se: STJ, CC n. 164.544/MG, de minha relatoria, DJe 4/9/2019; e recente julgado do STF, Rcl n. 59.795, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, DJe 19/5/2023*).

Assim, não se insere no âmbito de sua atuação, fiscalizar a lisura comportamental dos passageiros que se utilizam de seu aplicativo.

O risco é, portanto, assumido pelo motorista, no exato momento em que aceita prestar o serviço de transporte.

É preciso entender que a vida em sociedade impõe a aceitação dos riscos e ônus decorrentes desse pacto social.

Embora muito desejável, não é possível esperar um mundo perfeito e com tudo a nossa disposição e a todo momento. A vida moderna implica para todos a inevitabilidade de conviver com perigos e transtornos ou contingências inesperadas e normais do cotidiano.

*Dona Benta já advertia Narizinho ensinando-a que **estamos num mundo habitado por homens, não por anjos** (Migalhas de Monteiro Lobato, 1ª edição, 2019, item 314).*

A vida globalizada dessa época atual exige de todos a consciência de que há sempre o risco de que o mecanismo como um todo possa emperrar em algum momento, sem que possamos responsabilizar ninguém.

Como ensina ANTONY GIDDENS:

Onde o risco é conhecido como sendo risco, ele é vivenciado de modo diferente do que em circunstâncias em que predominam noções de fortuna. Reconhecer a existência de um risco ou conjunto de risco é aceitar não só a possibilidade de que as coisas possam sair erradas, mas que esta possibilidade não pode ser eliminada.

(As Consequências da Modernidade, Trad. p/ RAUL FIKER. São Paulo: Ed. Unesp, 1991, p. 123 - sem destaque no original).

ULRICK BECK bem sintetiza essa realidade atual:

A sociedade de risco está se tornando o agente da metamorfose do mundo. Não podemos compreender ou lidar com o mundo e com nossa própria posição nele sem analisar a sociedade de risco. (...) Um duplo processo está se desdobrando. Primeiro, há o processo de modernização, que tem a ver com o progresso. Ele está direcionado para a inovação, produção e distribuição de bens. Segundo, há

o processo de distribuição de males. Ambos se desenvolvem e tensionam em direções opostas. Entretanto, estão interligados.

(A *Metamorfose do Mundo. Novos conceitos para uma nova realidade*. Trad. p/ MARIA LUIZA X. DE A. BORGES. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 94 - sem destaque no original)

Portanto, é praticamente impossível a distribuição de bens sem males, pois estes se põem como uma espécie de “efeitos colaterais” ocultos ou invisíveis.

Como agente dessa *metamorfose do mundo*, a sociedade de risco precisa ter a capacidade de perceber e governar os riscos normais, pois não se pode dar resposta institucional para todos os problemas, visto que, como bem anotado por BECK: *a realidade do risco obriga-nos a encarar o inesperado*. (*Sociedade do Risco Mundial. Em busca da segurança perdida*. Trad. MARIAN TOLDY. Lisboa: Edições 70, 2016, p. 46).

E sobre as excludentes de responsabilidade, leciona SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

(...) quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano.

A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características, e, portanto, equipara-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano”

(Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Ed., Editora Atlas: 2012, p. 854).

*Portanto, não se vislumbra violação aos arts. 186 e 927 do CC/02, por parte do acórdão guerreado que, acertadamente, afastou a responsabilidade da **Uber pelo fato de terceiro** – assalto a mão armada contra o motorista parceiro –, que se caracteriza como uma hipótese de **caso fortuito externo**, completamente alheio ao âmbito de atuação da empresa gerenciadora do aplicativo de intermediação entre o consumidor/ passageiro e o motorista credenciado.*

Não se verifica responsabilidade da *Uber* em relação ao motorista credenciado, pois a ela não era dado cuidar da segurança pessoal do motorista, já que não tem o controle sobre a criminalidade que assola o país e nem sequer se responsabilizou pela segurança do motorista credenciado.

A função de garantir a segurança do cidadão é exclusiva do Estado.

Caracterizado, assim, o fato de terceiro, estranho ao contrato de fornecimento/gerenciamento de aplicativo tecnológico oferecido pela *Uber*,

para a intermediação entre o passageiro e o motorista credenciado, por fugir completamente de sua atividade-fim, correta a solução dada pelo acórdão recorrido, no sentido de afastar a responsabilidade pelos danos sofridos por *Samuel*, o que encontra amparo na orientação desta Corte Superior.

Rejeito, portanto, a alegada violação arts. 186 e 927 do CC/02.

(2) *Da alegada divergência jurisprudencial*

Por fim, *Samuel* apontou divergência jurisprudencial entre o aresto objeto deste recurso especial e o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, oriundo do processo n. 1034896-11.2017.8.26.0114.

Todavia, além de não ter sido demonstrado o dissídio jurisprudencial apontado, por não se identificar a necessária similitude fática entre o acórdão recorrido e aquele apontado como paradigma, verifica-se que este, o recorrido, encontra-se em plena sintonia com a orientação firmada nesta Corte, atraindo, na espécie, o enunciado da Súmula n. 83 STJ: *Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*

Assim sendo, não conheço do alegado.

Nessas condições, *conheço* em parte o recurso especial para, nessa extensão, a ele *negar provimento*.

Majoro em 5% o valor dos honorários advocatícios anteriormente fixados em favor da *Uber*, limitados a 20%, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, observada a gratuidade de justiça concedida ao autor.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial (art. 105, III, “a” e “c”, da CF) interposto por *Samuel Moreira da Paixão* contra acórdão do TJRS que negou provimento à sua apelação.

Na origem, o ora recorrente, motorista de aplicativo, pleiteou a responsabilidade civil da *Uber*, haja vista passageiros, utilizando-se de perfil *fake*, terem roubado o seu veículo e objetos nele constantes, mediante ameaça e emprego de arma de fogo.

A sentença julgou procedente em parte o pedido, enquanto o acórdão de origem deu provimento à apelação da *Uber*.

No recurso especial, aponta-se violação dos arts. 186 e 927 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial. Pede-se o provimento do recurso especial para condenação da recorrida ao pagamento de danos morais e materiais e lucros cessantes, conforme pedido na inicial.

É, no essencial, o relatório.

Extrai-se do acórdão de origem que o ora recorrente não juntou aos autos “o contrato entabulado entre as partes, tampouco foi solicitada a sua exibição pela parte autora, de modo que é inviável aferir se eventual dever estabelecido por este negócio jurídico foi violado” (fl. 278).

Dissentir desse entendimento formado à luz dos fatos e das provas dos autos atrai o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

A responsabilidade civil extracontratual (objetiva ou subjetiva) da *Uber* também não está configurada, visto que não pode a recorrida ser punida por fato de terceiro alheio à atividade dessa empresa como fornecedora de serviços.

Por fim, deixo de conhecer o recurso especial pela divergência, porquanto o recorrente não se desincumbiu de demonstrar a similitude fática entre os arestos confrontados.

Ante o exposto, acompanhando o relator, conheço em parte do recurso especial e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.037.088-SP (2022/0278828-0)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Ernst & Young Auditores Independentes S/S

Advogados: Diógenes Mendes Gonçalves Neto - SP139120

Gianvito Ardito - SP305319

Isabella Novais Dias - SP452735

Recorrido: Auge Investments Ltd

Advogado: Ricardo Botos da Silva Neves - SP143373

EMENTA

Recurso especial. Ação de produção antecipada de provas, com fundamento nos incisos II e III do art. 381 do CPC. Deferimento liminar do pedido, sem oitiva da parte adversa. Interposição de agravo de instrumento, não conhecido pelo Tribunal de origem, a pretexto de aplicação do § 4º do art. 382 do CPC. Contraditório. Vulneração. Reconhecimento. Recurso especial provido.

1. A controvérsia posta no recurso especial centra-se em saber se, no procedimento de produção antecipada de prova, a pretexto da literalidade do § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, não haveria, em absoluto, espaço para o exercício do contraditório, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, a ponto de o Juízo *a quo*, liminarmente – a despeito da ausência do requisito de urgência – e sem oitiva da parte demandada, determinar-lhe, de imediato, a exibição dos documentos requeridos, advertindo-a sobre o não cabimento de nenhuma defesa; bem como de o Tribunal de origem, com base no mesmo dispositivo legal, nem sequer conhecer do agravo de instrumento contraposto a essa decisão.

2. O proceder levado a efeito pelas instâncias ordinárias aparta-se, por completo, do chamado *processo civil constitucional*, concebido como garantia individual e destinado a dar concretude às normas fundamentais estruturantes do processo civil, utilizadas, inclusive, como vetor interpretativo de todo o sistema processual civil.

3. Eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de modo algum, conduzir à interpretação que elimine, por completo, o contraditório. A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado. Logo, as questões inerentes ao objeto específico da ação em exame e do correlato procedimento estabelecido em lei poderão ser aventadas pela parte em sua defesa, devendo-se permitir, em detida observância do contraditório, sua manifestação, necessariamente, antes da prolação da correspondente decisão.

4. Reconhecida a existência de um direito material à prova, autônomo em si, ressaí claro que, no âmbito da ação probatória

autônoma, mostra-se de todo imprópria a veiculação de qualquer discussão acerca dos fatos que a prova se destina a demonstrar, assim como sobre as consequências jurídicas daí advindas.

5. As ações probatórias autônomas guardam, em si, efetivos conflitos de interesses *em torno da própria prova*, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, por meio de todas as defesas e recursos admitidos em nosso sistema processual, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos.

6. É de se reconhecer, portanto, que a disposição legal contida no art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil não comporta interpretação meramente literal, como se no referido procedimento não houvesse espaço algum para o exercício do contraditório, sob pena de se incorrer em grave ofensa ao correlato princípio processual, à ampla defesa, à isonomia e ao devido processo legal.

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrigghi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2023 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 13.3.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por interposto por *Ernst & Young Auditores Independentes S.S.*, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em contrariedade a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Subjaz ao presente recurso especial ação de produção antecipada de provas, com esteio nos arts. 319 e 381, II e III, do Código de Processo Civil, promovida por Auge Investments Ltd. contra Ernst & Young Auditores Independentes S.S. na qual pretende a exibição de documentos que estariam na posse da requerida, bem como a prestação de informações que seriam de seu conhecimento, em razão de sua atuação, por mais de 10 (dez) anos, como auditora fiscal e contábil das demonstrações apresentadas por Wirecard AG (empresa com sede na Alemanha e subsidiária no Brasil), de quem a demandante aderiu a uma nota estruturada, com prazo de resgate de 12 (doze) meses, pelo qual receberia um valor fixo (*coupon*) de 14,37%, o que, contudo, não veio a se concretizar em virtude da superveniente declaração de falência da Wirecard AG, em 21/8/2020, decorrente de uma série de suspeitas de prática de fraudes, manipulação de mercado, crimes financeiros e fiscais (e-STJ, fls. 71-82).

Nesse contexto, a demandante – Auge Investments Ltd. – requereu a exibição de documentos e apresentação de informações, assim especificadas (e-STJ, fls. 80-82):

ii. i. cópia integral de atos societários da Requerida desde a sua constituição no Brasil, assim como de outras empresas que operem no Brasil sob a marca UBS controle direto ou indireto ou uso da marca Ernst & Young;

ii. ii. cópia integral dos documentos legais da existência da Ernst & Young Global Limited e sua operação, assim como quem são seus sócio;

ii. iii. organograma demonstrando de que forma a Ernst & Young Global Limited atua e controla a suas afiliadas no mundo, indicando quem são os representantes legais da Matriz Ernst & Young Global Limited, a Requerida e a coligada na Alemanha Ernst & Young GmbH;

ii. iv. cópia de contratos ou acordo de operação entre a Requerida e a Matriz Ernst & Young Global Limited, e de que forma a empresa Matriz Global recebe remuneração (distribuição de lucros, royalties, comissão ou de outra forma);

ii. v. informação de quem eram os sócios, gerentes ou funcionários da coligada Ernst & Young GmbH que atendiam a Wirecard na Alemanha;

ii. vi. informação que qual foi o valor pago à coligada na Alemanha Ernst & GmbH pelos serviços de auditoria à Wirecard AG nos anos de 2015 à 2020;

ii. vii. informar se a coligada na Alemanha Ernst & Young GmbH ou qualquer uma de suas afiliadas ou colidas, além de prestar serviços de auditoria à Wirecard AG também prestava algum tipo de consultoria; *ii. vii.* cópia dos papéis de trabalho (anotações de campo das equipes de auditores) relativo ao trabalho de auditoria na Wirecard AG nos anos de 2015 à 2020;

ii. viii. cópia dos relatórios das auditorias nos anos de 2015 à 2020 na Wirecard AG e suas afiliadas;

ii. ix. cópias de relatórios, correspondências, mensagens eletrônicas e telemáticas, atas de reuniões, memorandos ou qualquer documento emitido pela coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited onde tenham sido tratada, discutida, relatada, mencionada ou de alguma forma alertada a Wirecard AG da existência de práticas que sejam consideradas contrárias as regras do mercado financeiro, conformidades (Compliance), manipulação de mercado ou contrárias as boas práticas financeiras e contábeis;

ii. x. cópias de relatórios, correspondências, mensagens eletrônicas e telemáticas, atas de reuniões, memorandos ou qualquer documento interno da coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited onde tenham sido tratada, discutida, relatada, ou de alguma forma mencionada a existência ou a suspeita da existência na Wirecard AG da existência de práticas que sejam consideradas contrárias as regras do mercado financeiro, conformidades (Compliance), manipulação de mercado ou contrárias as boas práticas financeiras e contábeis;

ii. xii. cópias de correspondências, mensagens eletrônicas e telemáticas, atas de reuniões, memorandos ou qualquer documento originados de executivos, diretores ou acionistas das Wirecard AG e Wirecard Acquiring & Issuing GmbH onde exista a solicitação de que a coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited não divulgassem ou não fizessem ressalvas nas demonstrações da Wirecard AG, Wirecard Acquiring & Issuing GmbH ou qualquer outra empresa que fizesse parte do Grupo Wirecard;

ii. xiii. informar e apresentar os documentos que levaram a coligada da Alemanha Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited a decidirem em 18.06.2020 que não assinar o balanço da Wirecard AG; *ii. xiv.* apresentar todas as informações e documentos que a coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited tenham produzido, estejam de posse ou tenham conhecimento que permita ser compreendida as fraudes praticadas pela Wirecard, em razão da afirmação feita à CNBC 6 do “envolvimento de agentes ao redor do mundo em diferentes instituições, com o objetivo deliberado de fraude”;

ii. xiv. cópia integral de processos ou investigações civis, criminais ou disciplinares que tenham sido iniciados contra a coligada da Requerida Ernst & Young GmbH, sua Matriz Ernst & Young Global Limited e qualquer outra coligada, filial, escritório ou agência no mundo para apuração de responsabilidade ou omissões nas auditorias das empresas ou de seus funcionários no caso da Wirecard;

ii. xv. cópia integral de procedimentos, investigações ou auditoria iniciados pela coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young

Global Limited para apuração de responsabilidade de seus funcionários, gerentes, diretores ou sócios em razão de ações ou omissões no caso da Wirecard AG.

ii. xvi. cópia de relatório ou conclusão dos procedimentos mencionados no item *ii. xv.* anterior, com a informação se algum de seus funcionários, gerentes, diretores ou sócios foi de alguma maneira penalizado em razão de ações ou omissões em razão da prestação de serviços de auditoria à Wirecard AG ou outras empresas do mesmo Grupo;

ii. xvii. cópia de documentos internos da Requerida, da sua Matriz ou afiliadas no mundo, que tenham sido emitidos após a divulgação do caso Wirecard com a indicação e orientação para adoção de novas práticas de controle ou mudanças nos procedimentos de auditoria;

Em primeira instância, o Juízo *a quo*, ao receber a inicial, deferiu, de plano, a medida postulada, a fim de que a parte demandada promovesse a exibição dos documentos indicados na inicial, no prazo de 30 (trinta) dias, oportunidade em que determinou a citação, advertindo que, “nos termos do art. 382, § 4º, do CPC, neste procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário” (e-STJ, fl. 52).

Irresignada, Ernst & Young Auditores Independentes S.S. interpôs agravo de instrumento, do qual o Tribunal de origem não conheceu com fundamento, justamente, no art. 382, § 4º, do CPC, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl.):

Agravo de instrumento. Produção antecipada de provas. Deferimento do pedido. Interposição de recurso. Impossibilidade. Exegese do art. 382, § 4º, do CPC. Recurso não conhecido.

Em seu apelo especial (e-STJ, fls. 488-505), fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, Ernst & Young Auditores Independentes S.S. apontou violação dos arts. 382, § 4º, 489, § 1º, III, IV e VI, 927, 1.022, II e parágrafo único, I, 1.015, I e VI, do CPC, além de dissídio jurisprudencial.

Em resumo, sustentou que o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 208):

(i) viola os arts. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II e parágrafo único, I, do CPC, pois mesmo após a oposição de Embargos de Declaração, não se pronunciou acerca da aplicação do art. 1.015, I e VI, do CPC à espécie, bem como do Tema Repetitivo 988, que são temas essenciais para o deslinde da pretensão recursal de *Ey Auditores*;

(ii) viola os arts. 382, § 4º, 927 e 1.015, I e VI, do CPC, uma vez que *(ii. a)* a r. Decisão Agravada Liminar e a pretensão de Auge Investments se referem apenas

à exibição de documentos (hipótese do inciso VI), (ii. b) a r. Decisão Agravada Liminar possui natureza de tutela provisória de caráter satisfativo (hipótese do inciso I) e (ii. c) há urgência na apreciação da questão em razão da inutilidade de seu exame posterior (Tema Repetitivo n. 988, relativo à natureza do rol do art. 1.015); e

(iii) cria dissídio jurisprudencial ao conferir interpretação diversa de outros Tribunais ao art. 382, § 4º, do CPC e ao deixar de aplicar à espécie o art. 1.015, VI, do CPC.

A parte adversa apresentou contrarrazões às fls. 290-299 (e-STJ).

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou seguimento ao seu recurso especial por reputar que a violação dos dispositivos legais indicados não teria sido demonstrada, além de considerar incidente o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fls. 513-516), o que ensejou a interposição de agravo, com pedido de atribuição de efeito suspensivo.

Esta relatoria, diante da relevância da argumentação expendida no recurso especial – unicamente de direito –, bem como em virtude da urgência do pedido, a considerar a natureza satisfativa da medida, cujo cumprimento teria o condão de esvaziar por completo o julgamento do presente recurso, conferiu-lhe efeito suspensivo, determinando fosse o agravo convertido em recurso especial, para oportuna submissão da questão a este colegiado (fls. 344-348).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A controvérsia posta neste recurso especial, para além da discussão acerca da ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, centra-se em saber *se, no procedimento de produção antecipada de prova, a pretexto da literalidade do § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, não haveria, em absoluto, espaço para o exercício do contraditório, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, a ponto de o Juízo a quo, liminarmente – a despeito da ausência do requisito de urgência – e sem oitiva da parte demandada, determinar-lhe, de imediato, a exibição dos documentos requeridos, advertindo-a sobre o não cabimento de nenhuma defesa, bem como de o Tribunal de origem, com base no mesmo dispositivo legal, nem sequer conhecer do agravo de instrumento contraposto a essa decisão.*

Ainda para a adequada delimitação da questão, saliente-se que a subjacente ação de produção antecipada de provas, promovida por Auge Investments Ltd.

contra Ernst & Young Auditores Independentes S.S. encontra-se fundada no art. 381, II e III, do CPC, tendo por propósito, portanto, “viabilizar a autocomposição ou justificar ou evitar o ajuizamento de futura ação” (e-STJ, fl. 52).

A pretensão probatória, tal como veiculada em sua inicial, encontra-se absolutamente desvinculada da urgência, esta compreendida como o risco de perecimento do direito à prova (nos termos do inciso I do art. 381 do CPC).

O registro se afigura relevante, uma vez que, malgrado a ausência de qualquer pedido de tutela de urgência por parte da demandante – coerente com os fundamentos da ação –, o Juízo *a quo*, ao receber a inicial, deferiu a medida postulada, liminarmente e sem a oitiva da parte adversa, a fim de que esta promovesse a exibição dos documentos indicados na inicial, no prazo de 30 (trinta) dias, oportunidade em que determinou a citação, advertindo que, “nos termos do art. 382, § 4º, do CPC, neste procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário” (e-STJ, fl. 52).

Isso é o que, claramente, se constata de seu teor:

Vistos.

A produção antecipada da prova só pode ser admitida nos casos em que houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; ou, ainda, que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação, tudo nos termos do art. 381 do CPC.

No caso dos autos, a exibição da documentação requerida pode viabilizar a autocomposição ou mesmo evitar o ajuizamento de futura ação, razão pela qual defiro a medida, determinando sejam exibidos pela ré os seguintes documentos, no prazo de 30 (trinta) dias úteis:

[...]

Cite(m)-se os interessados, os quais deverão ser cientificados de que, nos termos do art. 382, § 4º do CPC, neste procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Contraposto o agravo de instrumento, o Tribunal estadual, sob o mesmo fundamento, não conheceu do recurso (e-STJ, fl. 165).

Cuidam os autos de ação de produção antecipada de provas. Deferido o pedido de apresentação de documentos, foi interposto o presente recurso. Contudo,

nos termos do art. 382, § 4º, do CPC, “Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”. Nessa medida, ainda que suscitadas matérias de ordem pública, fato é que a recorrente não possui interesse recursal, por força de expressa disposição legal, o que obsta o conhecimento do recurso.

O entendimento adotado pelo TJSP, suficientemente fundamentado, não encerra, em si, nenhum vício de julgamento.

Não obstante, no mérito, não se pode deixar de reconhecer que o proceder levado a efeito pelas instâncias ordinárias, *permissa venia*, aparta-se, por completo, do chamado *processo civil constitucional*, concebido como garantia individual e destinado a dar concretude às normas fundamentais estruturantes do processo civil, utilizadas, inclusive, como verdadeiro vetor interpretativo de todo o sistema processual civil.

Os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal consistem no fundamento de validade – e mesmo de legitimidade – de todo e qualquer regramento processual. Com o propósito de reforçar essa concepção jurídico-positiva, há muito internalizada na doutrina e na jurisprudência processualista nacional, o Código de Processo Civil, em seu art. 1º, estabeleceu que: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Logo, as normas fundamentais de conteúdo principiológico – estruturantes e, portanto, superiores aos demais regramentos –, que traduzem e asseguram o tratamento isonômico das partes no processo, o direito de defesa, bem com o contraditório, hão de ser necessariamente observadas na aplicação e na interpretação de todos os dispositivos legais previstos no Código de Processo Civil.

Em face da relevância dessa diretriz, o Código de Processo Civil, com vistas a dar plena consecução ao princípio do contraditório, além de assegurar às partes os meios de defesa necessários à tutela de seus interesses e direitos, confere-lhes, entre outras prerrogativas, a indispensável oportunidade de se manifestarem *antes* da vindoura decisão, a fim de que as correlatas alegações possam ser sopesadas e influir na convicção fundamentada do Juízo.

Essa é a conclusão que, nitidamente, se denota dos seguintes dispositivos legais, insertos na parte geral, em destaque:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 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.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base e fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Por evidente, é possível que as normas processuais estipulem o modo como o contraditório deva ser exercido, diferindo-o eventualmente; *ou mesmo, em função das especificidades de determinado procedimento, possam restringir as matérias passíveis de serem nele arguidas. A restrição do direito de defesa, estabelecida em lei, encontra justificativa, portanto, nas particularidades e, principalmente, na finalidade do procedimento por ela regulado.*

Não há, obviamente, nenhuma vulneração ao princípio do contraditório em tais disposições legais.

Todavia, eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de maneira alguma, conduzir à interpretação que elimine, por completo, o contraditório, como se deu na hipótese dos autos.

A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado. *Logo, as questões*

inerentes ao objeto específico da ação em exame e do correlato procedimento estabelecido em lei poderão ser aventadas pela parte em sua defesa, devendo-se permitir, em detida observância do contraditório, sua manifestação, necessariamente, antes da prolação da correspondente decisão.

Por conseguinte, o § 4º do art. 382 do CPC – ao estabelecer que, no procedimento de antecipação de provas, “não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário” – não pode ser interpretado em sua acepção literal.

Importa, nesse passo, bem identificar o objeto específico da ação de produção antecipada de provas, bem como o conflito de interesses nela inserto, a fim de delimitar em que extensão o contraditório pode ser nela exercido.

Como é de sabença, o Código de Processo Civil de 2015 buscou reproduzir, em seus termos, compreensão há muito difundida entre os processualistas de que a prova, na verdade, tem como destinatário imediato não apenas o juiz, mas também, diretamente, as partes envolvidas no litígio.

Reconhece-se, assim, à parte o direito material à prova, cuja tutela pode se referir tanto ao modo de produção de determinada prova (produção antecipada de prova, prova emprestada e a prova “fora da terra”), como ao meio de prova propriamente concebido (ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documentos ou coisa, documentos, testemunhas, perícia e inspeção judicial).

Nesse contexto, *reconhecida a existência de um direito material à prova, autônomo em si – que não se confunde com os fatos que ela se destina a demonstrar (objeto da prova), tampouco com as consequências jurídicas daí advindas, podendo (ou não) subsidiar outra pretensão –*, a lei adjetiva civil estabelece instrumentos processuais para o seu exercício, que pode se dar incidentalmente, no bojo de um processo já instaurado entre as partes, ou por meio de uma ação autônoma (ação probatória *lato sensu*).

No último caso, além das situações que revelem urgência e risco à prova, a pretensão posta na ação probatória autônoma pode, eventualmente, se exaurir na produção antecipada de determinada prova (meio de produção de prova) ou na apresentação/exibição de determinado documento ou coisa (meio de prova ou meio de obtenção de prova – caráter híbrido), a permitir que a parte demandante, diante da prova produzida ou do documento ou coisa apresentada, avalie sobre a existência de um direito passível de tutela e, segundo um juízo de conveniência, promova ou não a correlata ação.

De tais considerações já se pode antever que, no âmbito da ação probatória autônoma, mostra-se de todo imprópria a veiculação de discussão acerca dos fatos que a prova se destina a demonstrar ou sobre as consequências jurídicas daí advindas.

A vedação contida no dispositivo legal em comento (§ 4º do art. 382 do CPC), por evidente, refere-se a essas matérias, absolutamente impertinentes ao objeto tratado na ação de produção antecipada de provas.

Não se pode olvidar, por outro lado, de que as ações probatórias autônomas não consubstanciam um procedimento simplificado e meramente administrativo presidido pelo Poder Judiciário, em jurisdição voluntária, como se poderia cogitar. Em verdade, guardam, em si, efetivos conflitos de interesses *em torno da própria prova*, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos.

Nesse sentido, oportuna a transcrição do escólio de Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setogui Pereira em artigo que, embora voltado a definir a competência, se arbitral ou estatal, para conhecimento e julgamento de ação de produção antecipada de provas, bem identifica o conflito de interesses nela instaurado, nos seguintes termos, no que interessa à questão posta:

[...]

De todo modo, sendo a jurisdição atividade vocacionada à solução imperativa de conflitos, *cumpr*e [...] *destacar especificamente onde está o conflito no procedimento da produção antecipada da prova.*

*Sobre o tema, recorde-se que a natureza autônoma do direito à prova, naturalmente, não o torna absoluto. Ao contrário: se a produção de determinadas provas pode acarretar relevante restrição a valores tutelados pelo ordenamento jurídico como o sigilo, a privacidade e outros, é natural que o exercício de tal direito deva ser compreendido dentro de certos limites. **E esses limites deverão ser determinados a partir da ligação que a prova cuja produção se requereu possui com a situação de direito material subjacente.***

As discussões, pois, que gravitam em torno do direito (ou não) à produção de tal ou qual prova, conduzem à conclusão de que as ações probatórias autônomas tratam de efetivos conflitos estabelecidos em torno da própria prova, cujo direito à produção é o que constitui a própria causa de pedir deduzida; e que, portanto, materializam real ou potencial oneração ou restrição à esfera jurídica do demandado (tal como acima se exemplificou com o sigilo e a privacidade). Dado que o exercício do direito à prova, autônomo que é, onera as partes e gera efeitos substanciais (e que atuam, inclusive, sobre mora, interrupção da prescrição etc.), forçoso é concluir

pela fragilidade do argumento que ora rebatemos; ressalvado, naturalmente, respeito à convicção diversa.

[...] (*Produção Antecipada de Prova Desvinculada da Urgência na Arbitragem: Réquiem?* YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (Coordenadores). *in* Processo Societário IV. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 455-472)

Devidamente caracterizado, então, o conflito de interesses em torno da prova, cujo direito à produção é que constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela partes adversa por meio de todas as defesas e recursos admitidas em nosso sistema processual.

Afinal, se a pretendida produção da prova pode acarretar restrição a direito da parte demandada – o que, seguramente, há de ser sopesado pelo Juízo, a partir da existência de um liame entre a prova cuja produção se requereu e a situação de direito material subjacente existente entre as partes, que a legitima, em conjunto com todas a condições da ação e pressupostos processuais –, dúvidas não podem subsistir em relação à possibilidade do exercício do direito de defesa.

Há de se reconhecer, portanto, que a disposição legal contida no art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil não comporta interpretação meramente literal, como se no referido procedimento não houvesse espaço algum para o exercício do contraditório, sob pena de se incorrer em grave ofensa ao correlato princípio processual (e até de inconstitucionalidade – *ut* art. 5º, XXXVI, LIV e LV), sobretudo como se dá na hipótese dos autos, em que a determinação judicial de exibição dos documentos, com indiscutível natureza satisfativa, deu-se liminarmente, sem a oitiva da parte adversa, a fustigar, por completo, o contraditório, nos termos acima propugnados.

Nessa linha de entendimento, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini bem obtemperam que a suposta proibição de defesa deve ser compreendida como a impossibilidade de discussão quanto ao mérito da pretensão para a qual a prova possa servir no futuro, não se exigindo via específica para a formalização da contestação.

Por oportuno, transcreve-se o escólio dos insignes processualistas:

O art. 382, § 4º, estabelece que “não se admitirá defesa” no processo de produção de provas. *Tal dispositivo exige interpretação que salve da inconstitucionalidade (CF/1988), art. 5º, XXXVI, LIV e LV).*

Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais (ii) ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova.

Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas.

A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro (in Curso Avançado de Processo Civil. Volume 2: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória). 20ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 390).

No mesmo sentido, em comentário ao § 4º do art. 382 do CPC, destaca-se doutrina processualista de igual quilate:

[...] É certo que o processo de produção antecipada de prova, por restringir-se à produção de prova, é bem simples e, em razão dessa simplicidade, o o contraditório realmente não poderia ter a extensão que costuma ter no procedimento comum.

Mas daí a dizer, como o faz o § 4º do art. 382, que neste procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar - além de revelar incoerência; afinal, no mesmo art. 382 há determinação de citação de todos os interessados, até mesmo de ofício. Citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo; e a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe.

Parece mais razoável compreender o dispositivo de modo não literal.

Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional (se há regras de competência, há possibilidade de o réu discutir a aplicação delas, obviamente; a alegação de incompetência é matéria de defesa), a legitimidade (com a consequente possibilidade de aplicação dos arts. 368 e 339 do CPC), o interesse, o modo de produção da perícia (nomeação de assistente técnico, possibilidade de impugnação do perito, etc) etc. Não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos - isso será objeto de contraditório em outro processo. Por essa razão, o Enunciado n. 32 das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal ao menos estabelece que a vedação contida no dispositivo em questão não impede a alegação pelo réu de matérias cognoscíveis de ofício (Didier Jr., Fredie; Braga, Paula Sarno; de Oliveira, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada, Processo Estrutural e Tutela Provisória. Volume 2. 17ª Edição. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022. p. 186)

*[...] O dispositivo, para não atritar com os princípios do contraditório e da ampla defesa, componentes do modelo constitucional do direito processual civil, deve ser interpretado no sentido de que o que está proscrito do procedimento são as discussões relativas à **avaliação** da prova, que serão feitas **a posteriori**. Do mesmo modo que não há como subtrair do magistrado o **dever** de agir, ainda que oficiosamente,*

quanto à regularidade do processo e da colheita da prova, não é dado impedir que o réu se manifeste em idêntico sentido (Bueno, Cássio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. Volume 2. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 237)

[...] E, como o objeto desse processo ou incidente é apenas a pretensão ao conhecimento dos fatos a serem revelados pelo exame das fontes de prova, a lei estabelece também que o “juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (art. 382, § 2º). Ele decidirá somente sobre a existência ou inexistência do direito à antecipação, jamais sobre eventuais direitos emergentes dessas provas ou por elas demonstrados. *Nesse processo ou incidente não se admite qualquer defesa ou discussão envolvendo o direito a ser eventualmente amparado pela prova postulada, o qual é estranho ao seu objeto (CPC, art. 382, § 4º). Tal exclusão não pode porém ser interpretada como abrangente do direito de defesa também quanto ao próprio direito do autor ao conhecimento da prova, pois uma vedação como essa colidiria com as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.* (Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume III. 8ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2019. p. 118

De todo o exposto ressaí evidenciado que o proceder adotado pelas instâncias ordinárias desbordou por completo do *processo civil constitucional*, com expressiva (e inadmissível) vulneração aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do devido processo legal.

Sobre o desfecho deste recurso especial, que se encaminha pelo provimento, é importante fazer um esclarecimento.

No caso dos autos, conforme demonstrado, o Juízo *a quo*, liminarmente e sem oitiva da parte adversa, determinou a citação da demandada para apresentar os documentos indicados na inicial no prazo de 30 (trinta) dias, advertindo-a sobre não ser possível a apresentação de nenhuma defesa, nos termos do § 4º do art. 384 do CPC. Interposto agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça de São Paulo, *pelo mesmo fundamento (qual seja, a dicção do referido dispositivo legal)*, não conheceu do agravo de instrumento.

Em se reconhecendo a afronta ao princípio do contraditório – do que se me afigura inescapável, conforme se demonstrou pontualmente –, tem-se que o provimento do presente recurso não poderia ensejar, simplesmente, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que este conheça do agravo de instrumento.

A ora recorrente, de modo preciso, também trouxe em suas razões recursais fundamentação idônea quanto ao cabimento do agravo de instrumento, com

base no art. 1.015, I e VI, do Código de Processo Civil, e, em atenção à tese fixada no Tema repetitivo n. 988 (a violar também o art. 927 do CPC), no que lhe assiste razão, indubitavelmente. O cabimento do agravo de instrumento contra a decisão liminar que determinou a exibição de documentos, pela dicção do art. 1.015, I e VI, afigura-se, pois, indiscutível.

Esse, todavia, não foi o fundamento adotado pelo Tribunal de origem para não conhecer do agravo de instrumento. Compreendeu-se, como visto, pelo absoluto descabimento do exercício do contraditório (no caso, inclusive, por meio de recurso), *nos exatos termos decididos pelo Juízo a quo*.

Por se tratar de mesmo fundamento, o provimento deste recurso especial, transcende, na verdade, a própria decisão de primeira instância, tornando-a insubsistente.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou provimento ao recurso especial, para tonar sem efeito a decisão de primeira instância que determinou a citação da parte demandada para apresentar a documentação no prazo de 30 (trinta) dias, a fim de que lhe seja concedida a oportunidade de apresentar a defesa que reputar conveniente, pertinente com o objeto do procedimento em exame, nos termos da presente fundamentação, observando-se, a partir de então, o devido processo legal.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.038.495-GO (2022/0158161-6)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Relator para o acórdão: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Fazenda Jatobá Ltda

Advogados: Leonardo Fernandes Ranna - DF024811

João Guilherme Soares dos Santos Sarmento - DF062958

Thainá Balbi Rodrigues - DF069702

Giovane Ramalho Sampaio - GO062382

Recorrido: Coagri Comercio de Produtos Agricolas Ltda

Advogados: João Domingos da Costa Filho - GO007181

Iran Machado Nascimento - DF013105

Leandro Marmo Carneiro Costa - GO035021

Fernando Gonçalves - DF032842

Soc. de Adv.: Gonçalves e Machado Nascimento Advogados

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Direito Agrário. Ausência de revolvimento dos fatos. Contrato de parceria rural agrícola registrado posteriormente à cédula de produto rural registrada. Ausência de efeitos perante terceiros do contrato não registrado com antecedência. Publicidade. Segurança jurídica. Boa-fé objetiva. Frustração da confiança. Expectativa legítima nas relações contratuais.

1. O tribunal em segunda instância decidiu que o penhor sobre os grãos em benefício da parte recorrida prevalece sobre o direito da recorrente, parceira outorgante, uma vez que as cédulas do produto rural foram registradas anteriormente ao contrato de parceria, devendo prevalecer, assim, a boa-fé da recorrida.

2. A Lei n. 6.015/1973 prescreve que o registro determina a prioridade do título.

3. O princípio da boa-fé objetiva, brocardo jurídico sustentáculo do desenho dos negócios jurídicos, ensina que é necessária a garantia da confiança e expectativas legítimas entre as partes, em todas as fases da contratação.

4. A leitura do art. 56 do Decreto n. 59.566/1966 não pode ser realizada de forma isolada e desassociada dos princípios legais norteadores da melhor interpretação do nosso sistema contratual, assim como os princípios insertos no art. 422 do Código Civil.

5. A leitura do art. 56 do Decreto n. 59.566/1966 não afirma que a ausência de consentimento em contrato não registrado atinge anterior cédula de produto rural devidamente registrada, situação na qual não tinha como o terceiro prejudicado saber que anterior eventual negociação poderia ter sido entabulada.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Martins, inaugurando a divergência, a Terceira Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão. Votaram vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Marco Aurélio Bellizze. Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 20 de junho de 2023 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 29.6.2023

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Fazenda Jatobá Ltda*, fundamentado exclusivamente na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/GO.

Recurso especial interposto em: 8/2/2022.

Concluso ao gabinete em: 22/8/2022.

Ação: de declaração de direito de preferência sobre grãos e de entrega de coisa, ajuizada em 21/10/2014, por *Coagri Comercio de Produtos Agricolas Ltda* contra *Fazenda Jatobá Ltda*.

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial (e-STJ fl. 543).

Acórdão: o TJ/GO deu provimento à apelação interposta por *Coagri*, “para reformar a sentença e reconhecer o direito de preferência do recorrente sobre os grãos de soja objeto das CRP’s registradas” (e-STJ fl. 651), nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível. Ação declaratória de direito de preferência sobre grãos. Cédula do produtor rural e contrato de parceria. Preferência do primeiro contrato registrado.

O Registro de um título ou documento o torna público e oponível contra todos, com efeito *erga omnes*, de modo que, o credor que primeiro registrou

seu título tem direito de preferência sobre o respectivo bem. Apelação cível conhecida e provida. Sentença reformada.

(e-STJ fl. 648)

Embargos de Declaração (1): opostos por *Coagri e Fazenda Jatobá*, foram parcialmente acolhidos, “para fazer constar a inversão dos ônus sucumbenciais para que recaiam exclusivamente sob a *Fazenda Jatobá*” e “para sanar os erros materiais apontados para fazer constar ‘contrato de parceria rural’ ao invés de ‘contrato de arrendamento rural’, bem como para extirpar o parágrafo que reconheceu a nulidade da cláusula arbitral” (e-STJ fl. 699).

Embargos de Declaração (2): opostos por *Fazenda Jatobá*, foram rejeitados (e-STJ fl. 721).

Embargos de Declaração (3): opostos por *Fazenda Jatobá*, foram acolhidos apenas para sanar erro material na ementa do acórdão dos embargos anteriores, relativamente ao nome da ação e à indicação das leis objeto da insurgência recursal (e-STJ fl. 747).

Recurso especial: alega violação dos arts. 96, V, “a” e “f”, da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra); e 54, 56 e 57 do Decreto n. 59.566/1966.

Sustenta que “para haver penhor à cota dos frutos de um dos parceiros, sempre haverá a necessidade de consentimento do outro, salvo nos casos em que o contrato esteja transcrito no registro público” (e-STJ fl. 763).

Aduz não ser necessário o registro do contrato de parceria rural para que ele produza efeitos, tampouco para se aplicar a regra que exige o consentimento do outro parceiro, como condição para o penhor recair sobre a sua cota dos frutos da parceria, de modo que o acórdão recorrido deve ser reformado, por ter afastado o direito da recorrente, em razão de não ter sido registrado antes da cédula de produto rural da recorrida.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/GO inadmitiu o recurso, dando ensejo à interposição do AREsp 2.137.494/GO, provido para determinar a conversão do agravo em recurso especial (e-STJ fl. 965).

É o relatório.

O propósito recursal é decidir se o penhor sobre os frutos de parceria agrícola, constituído exclusivamente pelo parceiro outorgado em favor de terceiro, depende de consentimento do parceiro outorgante para recair sobre a sua cota, na hipótese em que o contrato de parceria foi firmado antes, mas registrado depois da garantia.

1. *Do contexto fático-processual*

1. A recorrida (*Coagri*) ajuizou ação contra a recorrente (*Fazenda Jatobá*), alegando que, na safra de 2013/2014, vendeu produtos ao agricultor Vicente José Mantelli e este, em troca, ficou devendo 85.000 sacas de soja em grãos, representadas por Cédulas de Produto Rural, registradas no Registro de Imóveis de Jussara/GO.

2. No entanto, afirmou ter descoberto que o Sr. Vicente depositou parte dos grãos colhidos na Fazenda Canadá, relativos à safra de 2013/2014, em nome da recorrente (*Fazenda Jatobá*), o que, segundo a recorrida, não poderia ter sido feito, sem antes a quitação do seu crédito, o qual tem preferência sobre os referidos grãos.

3. Nesse contexto, a recorrida (*Coagri*) pediu, em síntese, (I) a declaração do seu direito de preferência sobre os grãos de soja descritos, os quais, relativamente à safra de 2013/2014, o Sr. Vicente entregou à recorrente; e (II) a consequente entrega de 18.549,46 sacas de soja, com 60 quilos cada, pela recorrente, sob pena de busca e apreensão e multa diária.

4. A recorrente, por sua vez, alega que o Sr. Vicente é seu parceiro outorgado, em virtude de contrato de parceria agrícola, que veda expressamente a instituição de gravame sobre a sua parte da colheita, na condição de parceira outorgante e, além disso, o Estatuto da Terra e o seu Regulamento preveem a necessidade da expressa autorização para imposição de gravame à cota do parceiro.

5. Desse modo, sustenta, no presente recurso especial, a insubsistência do penhor referente à sua cota-parte, diante da ausência de consentimento expreso.

6. De acordo com o cenário fático delimitado pelas instâncias de origem, realmente, a recorrente (*Fazenda Jatobá*) e o Sr. Vicente celebraram, em 1/9/2012 e 8/4/2013 (com vencimento em 30/8/2018 e 30/4/2019), dois contratos de parceria agrícola em área localizada na Fazenda Canadá, em Jussara/GO, figurando, respectivamente como parceira outorgante e parceiro outorgado.

7. Em razão desses contratos, o parceiro outorgado (Sr. Vicente) se obrigou a repassar, anualmente, 20% da produção anual da cultura de soja em grãos, com previsão expressa de que “a produção colhida será destinada, primeiramente, à satisfação da parte devida à parceira outorgante, e, em segundo lugar, o que exceder a esta parte, caberá ao parceiro outorgado” (e-STJ fl. 538) e a parcela devida à parceira outorgante “não responde pelo pagamento de quaisquer

obrigações financeiras que o parceiro outorgado contratar no comércio, instituições financeiras e/ou cooperativas” (e-STJ fl. 539).

8. O Juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, com base nos seguintes fundamentos:

O artigo 56, do decreto supra, estabelece que a extensão do penhor à cota dos frutos da parceria que cabe a qualquer dos parceiros, depende sempre do consentimento do outro, salvo nos casos em que o contrato esteja transcrito no Registro Público e neste conste aquela autorização.

Já, o artigo 57, elenca que o empréstimo ao parceiro outorgante poderá ser concedido com a garantia da totalidade da colheita, desde que haja expresso e irrevogável consentimento do parceiro outorgado sobre a parte dos frutos ou produtos que lhes cabe.

Ora, o contrato de parceria agrícola, firmado entre a Requerida e o Sr. Vicente José Mantelli, estabelece que a cota parte cabível àquela não responderia pelas dívidas deste.

Apesar de a cédula de produto rural ter sido emitida em benefício da Autora e ter sido garantida por penhor de primeiro grau, não se pode esquecer o que está disposto no contrato de parceria agrícola.

O disposto na Lei n. 8.929/94, e nos artigos 1.419, 1.422, 1.432 e 1.433, do Código Civil, aplicam-se em relação aos demais credores do Sr. Vicente José Mantelli, mas não atingem a obrigação firmada no contrato de parceria agrícola.

*O penhor de primeiro grau, originário das cédulas de crédito rural, garante à Autora o direito de preferência sobre os demais credores, **mas não sobre a parceira outorgante.***

Nos moldes previstos no contrato de parceria agrícola, a Requerida, na condição de parceira outorgante e proprietária da Fazenda Canadá, onde os grãos foram cultivados pelo parceiro outorgado, Sr. Vicente José Mantelli, deve receber sua cota parte primeiramente.

Por conseguinte, somente a parte que couber ao parceiro outorgado (Vicente Mantelli) responde pelas dívidas por ele contraídas, mesmo que seja para o cultivo da lavoura.

Ocorre que, no caso em tela, não restou comprovado que as sacas de soja entregues à Requerida, pelo Sr. Vicente José Mantelli, superam a quantia devida em razão do contrato.

Se não bastasse, é importante frisar que o Decreto n. 59.566/55 é claro ao dispor que, para que o penhor se estenda à cota dos frutos do parceiro **é preciso que haja o consentimento expresso do outro, o que não ocorre no caso em comento.**

(e-STJ fls. 539-541)

9. Por outro lado, o Tribunal de origem, em suma, decidiu que o direito da recorrida (*Coagri*), oriundo do penhor sobre os grãos, prevalece sobre o direito da parceira outorgante (recorrente), porque as Cédulas do Produto Rural (CPRs), emitidas em benefício daquela, *foram registradas anteriormente* ao contrato de parceria.

10. Como consignado no acórdão recorrido, “as cédulas do produtor rural foram registradas em 15/08/2013 data anterior ao registro do contrato de arrendamento rural, ocorrido em 26/03/2014, motivo pelo qual, deve-se reconhecer a boa-fé do recorrente [ora recorrida – *Coagri*] e assegurar-lhe o direito de preferência sobre os grãos. Isto porque, quando da celebração das cédulas do produtor rural, o contrato de parceria rural sequer havia sido registrado, portanto, de impossível conhecimento à terceiros, diferentemente das CPR’s. Nesse sentido, a Lei n. 6.015/73 estabelece que o registro determinará a prioridade do título” (e-STJ fl. 650).

11. Assim, é imprescindível definir se é necessário o consentimento do parceiro para que o penhor constituído apenas por um deles recaia sobre a cota do outro, ainda que o contrato de parceria agrícola não tenha sido registrado.

2. Da parceria agrícola e dos direitos do parceiro sobre a sua cota dos frutos

12. O contrato de parceria rural é um contrato típico previsto no art. 96 da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra) e regulamentado pelo Decreto n. 59.566/1966, definido como “o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes dele, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha, isolada ou cumulativamente, dos seguintes riscos: [...]” (art. 96, § 1º, da Lei n. 4.504/1964).

13. Dentre as espécies desse contrato, tem-se a parceria agrícola, que se configura “quando o objeto da cessão for o uso de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, com o objetivo de nele ser exercida a atividade de produção vegetal” (art. 5º, I, do Decreto n. 59.566/1966) (cf. RIZZARDO, Arnaldo. Curso de direito agrário. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, [LXIV.1]).

14. Por meio desse contrato, de acordo com o art. 4º do Decreto n. 59.566/1966, o *parceiro-outorgante* (cedente, proprietário ou não) entrega os

bens ao *parceiro outorgado* (pessoa ou conjunto familiar, representado pelo seu chefe), que os recebe para exercer a atividade de produção vegetal, por meio da parceria, havendo entre eles a partilha dos frutos, lucros e riscos, na forma e nos limites legais.

15. No âmbito da parceria rural, o acesso ao crédito é regulamentado pelo Decreto n. 59.566/1966 e, como leciona a doutrina, existem diversos títulos de crédito rural, classificados como próprios e *impróprios*, sendo um destes a Cédula de Produto Rural (CPR), instituída pela Lei n. 8.929/1994, cujo objeto “*não é o pagamento em dinheiro, mas em produto rural, que deve ser entregue no prazo convencionado, conforme foi indicado e com as especificações de qualidade e quantidade*” (BORGES, Antonino Moura. Estatuto da Terra comentado e legislação adesiva. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2014, p. 424).

16. O art. 12 da Lei n. 8.929/1994, com a redação da época dos fatos (antes das alterações promovidas pelas Leis n. 13.986/2020 e 14.421/2022) exigia o registro da CPR no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do emitente, “para ter eficácia contra terceiros”.

17. Repisa-se que, na espécie, o parceiro outorgado (Sr. Vicente), por meio de CPRs, se obrigou a entregar grãos de soja (que são frutos da parceria agrícola com a recorrente) para a recorrida (*Coagri*), constituindo *penhor rural sobre os referidos grãos*, uma das garantias reais admitidas na hipótese de CPR, pela Lei n. 8.929/1994 (arts. 5º e 7º).

18. Assim, a recorrida (*Coagri*) ajuizou a presente ação, sustentando que as CPRs foram registradas anteriormente, tendo eficácia contra terceiros, nas quais constava o penhor constituído em seu favor, razão pela qual a recorrida tem preferência em relação a outros credores, dentre eles, a recorrente (parceira outorgante), de acordo com os arts. 1.422 e 1.433 do CC/2002.

19. Em outros termos, para a recorrida, antes de o devedor pignoratício (parceiro outorgado) entregar os grãos de soja devidos à recorrente, por força da parceria agrícola, deveria ele, primeiro, quitar a obrigação assumida com a recorrida, por força do penhor rural.

20. Por sua vez, a recorrente alega que o penhor constituído pelo parceiro outorgado não pode recair sobre a sua cota dos frutos da parceria, pois não houve o seu consentimento prévio.

21. Observa-se que a presente hipótese não versa propriamente sobre concorrência entre direitos de preferência de credores, mas sim sobre a

possibilidade da extensão do penhor à cota dos frutos que cabe à recorrente (parceira outorgante).

22. Isso porque, apesar de o parceiro outorgado exercer a atividade de produção vegetal e os frutos respectivos ficarem com ele em um primeiro momento, não se pode olvidar que parte dos frutos, na realidade, são de propriedade do parceiro outorgante e a entrega a ele é apenas a efetivação da partilha nos limites convencionados.

23. Como ensina Wellington Pacheco Barros, “no contrato de parceria rural, como se fosse um verdadeiro contrato de sociedade entre um sócio capitalista e outro sócio trabalhador, tudo aquilo que for obtido por este último diz respeito ao parceiro-outorgante, quer se caracterizo isso em frutos, produtos ou lucros e também na existência de prejuízos decorrentes de caso fortuito ou de força maior” (Contrato de parceria rural. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 53).

24. Seria possível questionar se essa partilha dos frutos derivada de um contrato de parceria formulado apenas entre o recorrente e o parceiro outorgado (Sr. Vicente) produziria efeitos em relação a terceiros que não participaram do contrato, como a recorrida, sobretudo na hipótese em que o contrato não foi registrado.

25. Todavia, conforme já decidiu esta Corte, “a parceria agrícola, passível de ajuste nas formas escrita e verbal, não se inclui entre os documentos e contratos sujeitos a registro para produzir efeitos perante terceiros, diante do disposto nos arts. 127, inciso V, e 129 da Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos)” (REsp 721.231/SP, Quarta Turma, DJe 28/4/2008). Na mesma linha: REsp 1.148.153/MT, Terceira Turma, DJe 12/4/2012).

26. Ademais, o próprio Estatuto da Terra (art. 92) e o Decreto n. 59.566/1966 (arts. 13, *caput*, e 54) admitem a celebração do contrato de parceria rural de forma expressa ou tácita, inclusive verbal, e há regra expressa no Decreto n. 59.566/1966, especificamente quanto à proteção da cota dos frutos devida ao parceiro, na hipótese de penhor constituído pelo outro, ***mesmo na ausência de registro do contrato de parceria***.

27. Nos termos do art. 56 do Decreto n. 59.566/1966, “a extensão do penhor à cota dos frutos da parceria que cabe a qualquer dos parceiros, ***depende sempre do consentimento do outro***, salvo nos casos em que o contrato esteja transcrito no Registro Público e neste conste aquela autorização”.

28. Verifica-se que a norma é clara ao exigir, peremptoriamente, o consentimento do parceiro para que o penhor recaia sobre a sua cota dos frutos, inclusive tratando como regra geral a hipótese na qual não há o registro do contrato de parceria. De fato, apenas é mencionada, como exceção, a possibilidade de haver o registro e, neste, a referida autorização, quando, então, não será preciso colher novamente a anuência do parceiro.

29. Em verdade, sempre será necessário o consentimento do parceiro para atingir a sua cota, o que muda é apenas a forma pela qual ele é externado, podendo constar do contrato registrado ou até “dado no próprio instrumento contratual do empréstimo ou por carta a que se fará referência no mesmo instrumento”, conforme o parágrafo único do mencionado dispositivo.

30. Sob esse enfoque, é indiferente que o penhor tenha sido registrado antes do contrato de parceria, pois se não houve o consentimento de um dos parceiros, a sua cota não poderá ser atingida, nem sequer sendo necessário o registro do contrato, bastando que tenha sido *firmado* em momento anterior ao da garantia, pois a partir de sua celebração é que surtirão os seus efeitos e incidirão as normas aplicáveis, dentre elas as previstas no Decreto n. 59.566/1966.

31. Como leciona Antonino Moura Borges, “resta estabelecido por esta norma que se o penhor recair sobre a cota dos frutos do parceiro que pede o empréstimo até o limite, não há que cogitar de consentimento do outro, *porém, se o empréstimo tiver que estender os seus efeitos sobre a cota do outro, aí então, é necessário o consentimento do outro parceiro*” (Estatuto da Terra comentado e legislação adesiva. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2014, p. 429).

32. Na mesma linha de raciocínio, a necessidade de consentimento é enfatizada no art. 57 do mesmo diploma legal, quando se tratar de garantia sobre a totalidade da colheita (abrangendo, assim, as cotas de ambos os parceiros). Prevê o referido dispositivo que “o empréstimo ao parceiro-outorgante poderá ser concedido com a garantia da **totalidade da colheita, desde que haja expresso e irrevogável consentimento** do parceiro-outorgado sobre a parte dos frutos ou produtos que lhes cabe. **Do mesmo modo, depende de expresso e revogável consentimento** do parceiro-outorgante, no caso em que ao parceiro-outorgado seja concedido empréstimo com a garantia da totalidade da colheita”.

33. Ou seja, “se a garantia do empréstimo recair sobre a totalidade da produção ou da colheita, deverá haver expresso e irrevogável consentimento do outro parceiro, ou seja, se for o parceiro-outorgado que realiza o empréstimo, deverá haver o consentimento do arrendador, se for o contrário, deverá o

parceiro-outorgante obter o consentimento do parceiro-outorgado” (BORGES, *op. cit.*, p. 430).

34. Nesse mesmo sentido, segundo leciona João Sidnei Duarte Machado, “sempre que a garantia do penhor especial vier a incidir quer na cota do parceiro outorgante quer na do parceiro outorgado, o consentimento necessariamente deverá ser dado de forma escrita, seja através de carta ou no próprio contrato de parceria (Decreto n. 59.566, de 14 de abril de 1966, artigo 56 e parágrafo único), mas a garantia só será extensível à totalidade da colheita, abrangendo, portanto, a cota da parceria que cabe a qualquer dos figurantes, se para tanto, houver consentimento expresso de um ou de outro” (A parceria agrícola no direito brasileiro. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2004, p. 313).

35. Evidente que o objetivo dos arts. 56 e 57 do Decreto n. 59.566/1966, ao exigirem o consentimento do parceiro para que a sua cota seja atingida pela garantia dada pelo outro, é conferir segurança jurídica a essa espécie de contrato, assegurando que um parceiro não seja afetado por atos praticados pelo outro com os quais não anuiu ou sequer teve conhecimento.

36. Realmente, como explica Wellington Pacheco Barros, “a ação dolosa ou culposa do parceiro-outorgado que proporcione prejuízos ao empreendimento não atinge o parceiro-outorgante no aspecto de solidariedade, sendo suportado exclusivamente pelo primeiro. O contrato de parceria rural não cria uma pessoa jurídica rural com personalidade própria, como ocorre nos contratos sociais para fins comerciais. Os parceiros continuam com direitos e obrigações próprios de cada um” (Contrato de parceria rural. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 53-54).

37. Nota-se haver norma semelhante no próprio Código Civil, no qual a autora recorrida fundamenta o seu direito de preferência em razão do penhor, dispondo o art. 1.420, § 2º, que “a coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver”.

38. Além disso, a mesma conclusão se extrai da interpretação sistemática com o art. 13, VII, “c”, do referido Decreto n. 59.566/1966, tendo em vista que este, ao estabelecer normas gerais a serem observadas nos contratos de arrendamento e de parceria, estabelece que “nenhuma das partes poderá dispor dos frutos ou dos produtos havidos antes de efetuada a partilha” e que “*em nenhum caso* será dado em pagamento ao credor do cedente ou do parceiro-outorgado, o produto da parceria, antes de efetuada a partilha”. Confirma-se:

Art. 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente, cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber (Art. 13, incisos III e V da Lei n. 4.947-66);

VII - observância das seguintes normas, visando à proteção social e econômica dos arrendatários e parceiros-outorgados (art. 13, inciso V, da Lei n. 4.974-66):

[...]

c) direito e oportunidade de dispor dos frutos ou produtos repartidos da seguinte forma (art. 96, inciso V, letra "f" do Estatuto da Terra):

- *nenhuma das partes poderá dispor dos frutos ou dos produtos havidos antes de efetuada a partilha*, devendo o parceiro-outorgado avisar o parceiro-outorgante, com a necessária antecedência, da data em que iniciará a colheita ou repartição dos produtos pecuários;

- ao parceiro-outorgado será garantido o direito de dispor livremente dos frutos e produtos que lhe cabem por força do contrato;

- *em nenhum caso será dado em pagamento ao credor do cedente ou do parceiro-outorgado, o produto da parceria, antes de efetuada a partilha.*

39. Sobre o ponto, confirmam-se as lições de Wilson Ferretto:

Nos contratos de parceria, que não prevejam a hipótese de financiamento, com garantia da safra, exige o Regulamento, em seus arts. 55, 56 e 57, o consentimento recíproco de cada um dos contratantes, para a realização do empréstimo, se for em caráter individual e se a extensão do penhor atingir a cota dos frutos de ambos os parceiros, ou a totalidade da safra. Caso contrário, se o penhor restringir-se à cota individual de cada parceiro, depende do consentimento de um, ou outro, salvo disposição contratual que o autorize, estando o contrato averbado no Registro Público.

Essas disposições estão em consonância com a alínea c do inciso VII do art. 13 do mesmo Regulamento, que consagra o condomínio da colheita, de modo que nenhuma das partes pode dispor dos frutos ou produtos havidos antes de efetuada a partilha, salvo o direito do parceiro-outorgado em relação aos que lhe cabem pelo contrato, mas, mesmo assim, sendo vedado o pagamento do financiamento antes da partilha.

(Contratos agrários. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69-70)

40. Destaca-se que essas são *normas cogentes, de observância obrigatória*, sendo indisponíveis os direitos nelas previstos e nula de pleno direito as estipulações contratuais em sentido contrário, de acordo com a literalidade dos arts. 2º e 13, I, do Decreto n. 59.566/1966:

Art. 2º Todos os contratos agrários reger-se-ão pelas normas do presente Regulamento, as quais serão de obrigatória aplicação em todo o território

nacional e irrenunciáveis os direitos e vantagens nelas instituídos (art. 13, inciso IV da Lei n. 4.947-66).

Parágrafo único. Qualquer estipulação contratual que contrarie as normas estabelecidas neste artigo, será nula de pleno direito e de nenhum efeito.

Art. 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente, cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber (Art. 13, incisos III e V da Lei n. 4.947-66);

I - Proibição de renúncia dos direitos ou vantagens estabelecidas em Leis ou Regulamentos, por parte dos arrendatários e parceiros-outorgados (art. 13, inciso IV da Lei número 4.947-66);

41. As normas protetivas aos parceiros rurais e o seu caráter cogente decorrem da relevante função social desse tipo de contrato. Nesse sentido, “o contrato de parceria rural não pode ser interpretado da mesma forma que os contratos regidos pelo Código Civil”, os quais estão calcados “na plena autonomia de vontade ou liberdade contratual”. Por sua vez, “nos contratos agrários não existe esta plenitude de vontade. As partes são tuteladas pela lei do Estado, representadas pelo Estatuto da Terra e pelo Decreto n. 59.566/66” e “sequer podem dispor ou renunciar os direitos que estes dispositivos legais prevêem” (BARROS, Wellington Pacheco. Contrato de parceria rural. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 55).

42. Além de ter o nítido objetivo de proteger o parceiro outorgado, parte mais fraca da relação, evitando que o contrato seja desvirtuado para uma exploração indevida de mão de obra, como historicamente ocorreu, também integra a intenção do legislador o estímulo à celebração de contratos dessa natureza, com o fim de dar um destino produtivo à propriedade rural, daí decorrendo as disposições legais que asseguram o interesse de ambas as partes.

43. Sob esse enfoque, em síntese do exposto, tem-se que o contrato de parceria agrícola, a partir do momento em que celebrado, produz efeitos perante terceiros, independentemente do registro, incidindo as normas de observância obrigatória previstas no Estatuto da Terra e em seu Regulamento.

44. Assim, por força de previsão expressa nos arts. 56 e 57 do Decreto n. 59.566/1966, o penhor sobre os frutos da parceria constituído exclusivamente pelo parceiro outorgado depende do consentimento do parceiro outorgante para abranger a sua cota.

45. Na hipótese de não haver o consentimento de ambos os parceiros quanto ao penhor sobre os frutos da parceria, deve a garantia recair apenas

sobre a cota do parceiro que a constituiu, de modo que deverá ser assegurada a partilha, a fim de que o outro parceiro receba a sua parte, na forma pactuada, em observância ao art. 13, VII, “c”, do Decreto n. 59.566/1966.

46. Por fim, em relação aos frutos sobre os quais efetivamente recai o penhor (no particular, a cota do parceiro outorgado), o credor pignoratício fará jus, aqui sim, a todos os direitos decorrentes da garantia, dentre eles o direito de executar a coisa empenhada e o de preferência em relação a eventual penhor de menor grau (arts. 1.422 e 1.433 do CC/2002).

3. Da hipótese dos autos

47. No particular, ficou delimitado pelas instâncias de origem que a recorrente (*Fazenda Jatobá*) e o Sr. Vicente *celebraram*, em 1/9/2012 e 8/4/2013 (com vencimento em 30/8/2018 e 30/4/2019), dois contratos de parceria agrícola em área localizada na Fazenda Canadá, em Jussara/GO, figurando, respectivamente como parceira outorgante e parceiro outorgado.

48. Posteriormente, o Sr. Vicente (parceiro outorgado) emitiu duas cédulas de produto rural, ambas com vencimento em 28/2/2014, em razão das quais foi constituído penhor de primeiro grau de 85.000 sacas de soja em grãos, referentes à safra de 2013/2014, localizada na Fazenda Canadá, de propriedade da empresa *Fazenda Jatobá*, em benefício da credora *Coagri* (recorrida).

49. Antes de entregar qualquer quantia para a recorrida, na condição de credora pignoratícia, o Sr. Vicente entregou 18.549,46 sacas de grãos de soja à recorrente, em razão da parceria agrícola.

50. Diante disso, a recorrida (*Coagri*) ajuizou a presente ação contra a recorrente (*Fazenda Jatobá*), objetivando a declaração de seu direito de preferência sobre as referidas sacas de soja e, por consequência, a condenação da ré recorrente a entregá-las.

51. A sentença julgou improcedentes os pedidos, enquanto o acórdão recorrido deu provimento à apelação, para julgá-los procedentes.

52. O Tribunal de origem decidiu, em síntese, que o direito da recorrida (*Coagri*), oriundo do penhor sobre os grãos, prevalece sobre o direito da parceira outorgante (recorrente), porque as Cédulas do Produto Rural (CPRs), emitidas em benefício daquela, foram registradas em 15/8/2013, data anterior ao registro do contrato de parceria, ocorrido em 26/3/2014.

53. Todavia, os contratos de parceria agrícola foram celebrados em momento anterior (1/9/2012 e 8/4/2013) e, como visto, essa espécie de contrato

não depende de registro para produzir efeitos perante terceiros e, ainda, os arts. 56 e 57 do Decreto n. 59.566/1966 vedam expressamente que o penhor constituído por um dos parceiros recaia sobre a cota do outro, ***se não houve consentimento deste***.

54. Nesse sentido, como bem decidiu a sentença, “o Decreto n. 59.566/55 é claro ao dispor que, para que o penhor se estenda à cota dos frutos do parceiro é preciso que haja o consentimento expresso do outro, ***o que não ocorre no caso em comento***” (e-STJ fl. 541).

55. Ademais, “não restou comprovado que as sacas de soja entregues à Requerida [recorrente], pelo Sr. Vicente José Mantelli, superam a quantia devida em razão do contrato” (e-STJ fl. 541). Ou seja, a partir do cenário fático delimitado na hipótese, a quantia recebida pela recorrente equivale à sua cota dos frutos da parceria, a qual não pode ser atingida pelo penhor constituído pelo outro parceiro sem a sua anuência.

56. Nesse contexto, como consignado pelo Juízo de primeiro grau:

No caso em comento, a Requerente ampara sua pretensão nas cédulas de crédito rural emitidas por Vicente José Mantelli, onde as lavouras cultivadas na Fazenda Canadá, localizada no município de Jussara/GO, foram dadas em penhor de primeiro grau.

Entretanto, a Requerida conseguiu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Autora, uma vez que as cláusulas do contrato de parceria agrícola e o disposto no Decreto n. 59.666/55, fazem cair por terra a tese dela.

Na verdade, ***o direito de preferência da Autora restringe-se à cota parte do emitente das cédulas de crédito rural***, Sr. Vicente José Mantelli, e aos demais credores deste, ***mas não alcança os grãos entregues à Requerida, a título de frutos/produtos do contrato de parceria***.

Diante do que foi exposto, o caminho a seguir é a improcedência do pedido formulado na inicial.

(e-STJ fl. 543)

57. Portanto, o recurso merece ser provido, para reformar o acórdão recorrido e reestabelecer a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

4. Dispositivo

Forte nessas razões, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, para reestabelecer a sentença, inclusive quanto ao ônus de sucumbência.

Deixo de majorar os honorários advocatícios, em virtude do provimento do presente recurso (AgInt nos EREsp 1.539.725/DF, Segunda Seção, DJe 19/10/2017).

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Fazenda Jatobá Ltda.*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

O Tribunal, na origem, assim decidiu a controvérsia:

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória de direito de preferência sobre grãos. Cédula do produtor rural e contrato de parceria. Preferência do primeiro contrato registrado. O Registro de um título ou documento o torna público e oponível contra todos, com efeito erga omnes, de modo que, o credor que primeiro registrou seu título tem direito de preferência sobre o respectivo bem. Apelação cível conhecida e provida. Sentença reformada.

Sustenta a parte recorrente que, para concretização de penhor à cota dos frutos de um dos parceiros, sempre haverá a necessidade de consentimento do outro, salvo nos casos em que o contrato esteja transcrito no registro público, conforme legislação de regência.

Assevera, ainda, que não é necessário o registro do contrato de parceria rural para que ele produza efeitos perante terceiros, tampouco para se aplicar a regra que exige o consentimento do outro parceiro, como condição para o penhor recair sobre a sua cota dos frutos da parceria.

Aduz que o acórdão recorrido deve ser reformado por ter afastado o direito do recorrente, porque a cédula de produto rural da recorrida foi registrada com antecedência, antes do contrato de parceria agrícola, o que, segundo argumenta, não se fazia necessário para produção de efeitos com relação a terceiros.

Contrarrazões apresentadas, sob o argumento de que estão ausentes o prequestionamento e a observância do princípio da dialeticidade. Alega, ainda, que deve ser aplicada ao caso a Súmula n. 7/STJ.

O judicioso voto da eminente Ministra Nancy Andrichi, relatora, é no sentido de dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a sentença, conforme ementa a seguir transcrita:

Direito Agrário, Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação declaratória e de entregar coisa. Contrato de parceria rural agrícola. Produção de efeitos perante

terceiros. Registro. Desnecessidade. Penhor sobre os frutos da parceria. Garantia constituída exclusivamente pelo parceiro outorgado. Extensão do penhor à cota do parceiro outorgante. Consentimento. Necessidade. Ausência na hipótese dos autos. Licitude da partilha dos frutos. Garantia que deve recair apenas sobre a cota do parceiro outorgado. 1. Ação declaratória e de entregar coisa, ajuizada em 21/10/2014, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 8/2/2022 e concluso ao gabinete em 22/8/2022. 2. O propósito recursal é decidir se o penhor sobre os frutos de parceria agrícola, constituído exclusivamente pelo parceiro outorgado em favor de terceiro, depende de consentimento do parceiro outorgante para recair sobre a sua cota, na hipótese em que o contrato de parceria foi firmado antes, mas registrado depois da garantia. 3. O contrato de parceria agrícola, a partir do momento em que celebrado, produz efeitos perante terceiros, independentemente do registro, incidindo as normas de observância obrigatória previstas no Estatuto da Terra e em seu Regulamento. Precedentes. 4. O penhor sobre os frutos da parceria, constituído exclusivamente pelo parceiro outorgado, depende do consentimento do parceiro outorgante para abranger a sua cota, por força de previsão expressa nos arts. 56 e 57 do Decreto n. 59.566/1966. 5. Na hipótese de não haver o consentimento de ambos os parceiros quanto ao penhor sobre os frutos da parceria, deve a garantia recair apenas sobre a cota do parceiro que a constituiu, de modo que deverá ser assegurada a partilha, a fim de que o outro parceiro receba a sua parte, na forma pactuada, em observância ao art. 13, VII, “c”, do Decreto n. 59.566/1966. 6. Assim, é indiferente que o penhor tenha sido registrado antes do contrato de parceria, pois se não houve o consentimento de um dos parceiros, a sua cota não poderá ser atingida, nem sequer sendo necessário o registro do contrato, bastando que tenha sido firmado em momento anterior ao da garantia, pois a partir de sua celebração é que surtirão os seus efeitos e incidirão as normas aplicáveis, dentre elas os arts. 13, VII, “c”, 56 e 57 do Decreto n. 59.566/1966. 7. Hipótese em que (I) o acórdão recorrido decidiu que o direito da autora recorrida, oriundo do penhor sobre os grãos, prevalece sobre o direito da recorrente (parceira outorgante), porquanto as Cédulas de Produto Rural, nas quais se constituiu a garantia, foram registradas antes dos contratos de parceria; (II) todavia, os contratos de parceria agrícola foram celebrados em momento anterior e, pelo cenário fático delimitado, a quantia recebida pela recorrente equivale à sua cota dos frutos da parceria, a qual não pode ser atingida pelo penhor constituído pelo outro parceiro sem a sua anuência, como decidiu a sentença. 8. Recurso especial conhecido e provido, para reestabelecer a sentença.

É, no essencial, o relatório.

Acompanho a eminente Ministra Nancy Andrighi no que diz respeito ao conhecimento do presente recurso especial, porquanto as razões recursais apresentadas conseguem demonstrar a hipótese de seu cabimento, identificada de forma inequívoca a intenção de demonstrar a violação de norma federal, tendo havido o devido prequestionamento.

Portanto, presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, passo à análise do mérito recursal.

Contudo, caso ultrapassada a matéria relativa a óbices processuais, melhor sorte não possui a parte recorrente no que concerne às teses apresentadas.

No caso em tela, na origem, em segunda instância, o tribunal decidiu que o penhor sobre os grãos em benefício da parte recorrida prevalece sobre o direito da recorrente, parceira outorgante, uma vez que as cédulas do produto rural foram registradas anteriormente ao contrato de parceria, devendo prevalecer, assim, a boa-fé da recorrida. Isto é, se o contrato de parceria rural nem sequer havia sido registrado, impossível, assim, conhecimento por parte de terceiros, e a Lei n. 6.015/1973 prescreve que o registro determina a prioridade do título.

Não se pode olvidar do princípio da boa-fé objetiva, brocardo jurídico sustentáculo do desenho dos negócios jurídicos que devem garantir confiança e expectativas legítimas entre as partes, em todas as fases da contratação.

Não se pode perquirir tão somente acerca da segurança jurídica dos contratantes do contrato de parceria agrícola, repita-se, não registrado, mas também se deve levar em conta a segurança jurídica do contratante da cédula de produto rural que, mediante conduta pautada pela boa-fé, entabulou negócio jurídico, devidamente registrado, sem nenhuma ciência de outros terceiros que pudessem ser afetados, até porque não tinha como sabê-lo.

Nesse sentido, não se pode descurar do teor do art. 422 do Código Civil, o qual nos ensina que os contratantes são obrigados a guardar os princípios de probidade e boa-fé, tanto na conclusão do contrato como em sua execução.

Destaque-se, de toda forma, que o art. 56 do Decreto n. 59.566/1966 não inclui, em sua redação, a eventual negociação jurídica anterior, devidamente registrada, referente à expedição de cédula de produto rural, portanto não se pode partir da presunção de que tal redação legal obrigatoriamente despreza uma entabulação como essa, pois tal proceder deixaria de respeitar princípios jurídicos de um negócio jurídico probo, como a boa-fé, a confiança legítima depositada entre as partes e a segurança jurídica. E a interpretação jurídica há de ser sistemática e coerente com todo o arcabouço principiológico das teorias jurídicas sobre contratação.

Explícite-se o teor do art. 56 em comentário para melhor apreensão do meu raciocínio aqui desenvolvido:

Art. 56. A extensão do penhor à cota dos frutos da parceria que cabe a qualquer dos parceiros, depende sempre do consentimento do outro, salvo nos casos

em que o contrato esteja transcrito no Registro Público e neste conste aquela autorização.

Parágrafo único. O consentimento do parceiro-outorgante ou do parceiro-outorgado poderá ser dado no próprio instrumento contratual do empréstimo ou por carta a que se fará referência no mesmo instrumento.

Percebe-se que uma leitura isolada de tal dispositivo legal poderia levar à conclusão de que a ausência de consentimento de um parceiro afetaria terceiros mesmo sem registro em cartório.

Contudo, além de a interpretação de tal dispositivo não poder ser realizada desassociada dos princípios jurídico-legais norteadores da melhor interpretação do nosso sistema contratual, tal leitura também tem de ser atenta ao fato de que o dispositivo em comento, em nenhum momento, afirma que a ausência de consentimento em contrato não registrado atinge anterior cédula de produto rural devidamente registrada, situação na qual não tinha como o terceiro prejudicado saber que anterior negociação eventualmente poderia ter sido entabulada.

Então, tal possibilidade de situação fática, qual seja, anterior registro de cédula de produto rural, não está prevista na exceção inserta no referido dispositivo legal, não podendo haver dedução de tal conclusão jurídica desconectada dos princípios que regem o proceder das contratações, conforme o sistema civil previsto no Código Civil.

Ante o exposto, pedindo respeitosa vênua à Ministra Nancy Andriahi, relatora, manifesto-me no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.044.569-GO (2022/0154433-2)

Relatora: Ministra Nancy Andriahi

Recorrente: Sonia Maria Siqueira Daher

Advogados: José Balduino de Souza Décio - GO007910

Mauro Lázaro Gonzaga Jayme - GO005823

Marcello Terto e Silva - GO021959

Lucio Ricardo de Aguiar Duarte - GO025336
Gisela Pereira de Souza Melo - GO019718
Raissa Roese da Rosa - DF052568
Sergio Henrique Furtado Coelho Filho - DF059700
Recorrente: Paulo Tarso Daher - Espólio
Recorrente: Warre Engenharia e Saneamento Eireli
Advogados: Ana Beatriz Ferreira Rebello - SP196174
João Paulo Brzezinski da Cunha - GO017208
Marcello Terto e Silva - GO021959
Gisela Pereira de Souza Melo - GO019718
Raissa Roese da Rosa - DF052568
Recorrido: Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda
Advogados: Roberta Léocadie Caldas Marques Fernandes - PE012144
Maria Carolina Feitosa de Albuquerque Tarelho e outro(s) -
DF042139
Aline Gonçalves de Sousa - DF055063
Paulo Humberto Barbosa - GO048357
Rafael Cardoso Vacanti - DF059550
Thiago Barcellos Pereira Ribeiro - DF069740
Roberta Léocadie Caldas Marques Fernandes - DF071693
Nelsilia Maria Ladeira Lunière de Sousa - DF069351
Matheus Lunière Martins - DF069350

EMENTA

Processual Civil. Recursos especiais. Ação de embargos à execução. Julgamento *citra petita*. Não ocorrência. Título executivo extrajudicial. Instrumento particular de confissão de dívida. Negócio jurídico simulado. Nulidade. Ocorrência. Negócio dissimulado. Promessa de pagamento de vantagem indevida a funcionário público. Não subsistência. Ausência de requisitos de validade. Objeto e motivo determinante ilícitos. Uso do processo para fim vedado em lei. Impossibilidade.

1. Ação de embargos à execução, ajuizada em 13/4/2015, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais, interpostos em 5/8/2021 e 10/8/2021 e conclusos ao gabinete em 14/7/2022.

2. O propósito recursal é definir se, na hipótese dos autos, (I) o instrumento de confissão de dívida no qual se funda a execução consiste em negócio jurídico simulado para mascarar a promessa de pagamento de vantagem indevida a funcionário público (propina); (II) está caracterizada a ocorrência de lesão ou coação; (III) houve cerceamento de defesa; e (IV) o julgamento foi *citra petita*.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, não há que falar em julgamento *citra petita* quando o Órgão Julgador não afronta os limites objetivos da pretensão inicial, tampouco deixa de apreciar providência jurisdicional pleiteada pelo autor da ação, respeitando o princípio da congruência.

4. A simulação é causa de nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, podendo ser alegada por uma das partes contra a outra e até reconhecida de ofício pelo Juiz, inclusive de forma incidental. Precedentes.

5. O afastamento do negócio jurídico simulado não implica, necessariamente, no aproveitamento do negócio dissimulado, o que somente ocorre quando este preenche os seus requisitos de validade.

6. Conforme o art. 142 do CPC/2015, havendo circunstâncias suficientes a demonstrar que uma ou ambas as partes, estão usando o processo para obter fim vedado por lei, é dever do Juiz, de ofício, proferir decisão que impeça tal objetivo.

7. Na hipótese dos autos, ficou suficientemente demonstrado, pela análise conjunta de, ao menos, 18 circunstâncias delimitadas na origem, que o instrumento de confissão de dívida no qual se funda a execução consiste em negócio jurídico simulado para mascarar a promessa de vantagem indevida (propina) pela recorrente ao Secretário de Estado, sócio da recorrida, para que este, em troca, liberasse o crédito pelo Estado em favor da recorrente. Assim, é nulo o negócio jurídico simulado (art. 167, § 1º, II e III, do CC/2002), sendo igualmente nulo o dissimulado, considerando que, tanto o seu objeto, quanto seu motivo determinante, comum a ambas as partes, são ilícitos (art. 166, II e III, do CC/2002).

8. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, parcialmente providos, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial dos embargos à execução, declarando

a nulidade do título executivo extrajudicial e, por consequência, julgar extinto o processo de execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, Prosseguindo no julgamento, após a renovação dos votos anteriormente proferidos e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins e Raul Araujo (convocado), por maioria, conhecer em parte dos recursos especiais e, nessa extensão, dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi. Votou vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Marco Aurélio Bellizze e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello, pela parte recorrente: Sonia Maria Siqueira Daher e Outros

Dra. Maria Carolina Feitosa de Albuquerque Tarelho, pela parte recorrida: Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda

Brasília (DF), 13 de junho de 2023 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 4.7.2023

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recursos especiais interpostos por (I) *Warre Engenharia e Saneamento Eireli e Paulo Tarso Daher – Espólio* e (II) *Sonia Maria Siqueira Daher*, ambos fundamentados exclusivamente na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/GO.

Recursos especiais interpostos em: 5/8/2021 e 10/8/2021 (e-STJ fs. 2.201 e 2.264).

Conclusos ao gabinete em: 14/7/2022.

Ação: de embargos à execução, ajuizada em 13/4/2015 por Warre Engenharia e Saneamento Eireli contra Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda, diante

da ação de execução de título extrajudicial ajuizada por este contra a embargante *Warre*, além de *Paulo Tarso Daher* e *Sonia Maria Siqueira Daher*. Alegou a embargante, em síntese, que o título executivo é inexigível e nulo, pois consiste em negócio jurídico simulado, a fim de dar aparência de legalidade à promessa, mediante coação e lesão, de pagamento de propina pelo representante da embargante (*Paulo*) em favor do sócio da embargada (*Alvicto Ozores Nogueira*), Secretário de Estado da Infraestrutura do Governo de Tocantins na época dos fatos. Requeru, ainda, a concessão de efeito suspensivo aos embargos, o que foi deferido pela decisão de e-STJ fls. 807-809, a qual incluiu *Paulo* e *Sonia* no polo ativo dos embargos.

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido formulado na inicial, “a fim de, reconhecendo da ilegalidade do procedimento de externalização da vontade na confecção do instrumento de confissão de dívida, anular o negócio objeto da execução e declarar inexigível o específico título” e, como corolário, julgou extinto o processo de execução (e-STJ fl. 1.590).

Acórdão: o TJ/GO, por maioria, pela técnica de julgamento ampliado (art. 942 do CPC/2015), julgou prejudicada a apelação interposta por *Warre Engenharia* e seu patrono (quanto aos honorários sucumbenciais) e deu provimento à apelação interposta por *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, nos termos da seguinte ementa:

Dupla apelação cível. Embargos à execução. Instrumento particular de confissão de dívida. Avença originária assentada em locação de maquinário. Alegação de coação. Reconhecimento do vício na sentença. Invalidação do título, também sob o fundamento de lesão, não invocado na inicial dos embargos. Primeiro recurso. Pretensão de majoração da verba honorária. Segundo recurso. Pretensão de reconhecimento da validade do contrato. Vício de consentimento não demonstrado. Coação não caracterizada de maneira inconteste. Sentença reformada. Ônus sucumbenciais invertidos. Primeiro recurso prejudicado.

1. A coação, enquanto vício do consentimento, consiste em pressão física (vis absoluta) ou moral (vis compulsiva) capaz de viciar a manifestação de vontade, cabendo à parte que a invoca comprovar de maneira inconteste sua caracterização a fim de que seja reconhecida a existência da mácula apta a anular o negócio jurídico.

2. Havendo nos autos elementos suficientes para demonstrar a existência do contrato originário, cujo descumprimento deu origem à confissão que embasa a execução, e, ainda, de tratativas entre as partes visando a quitação do saldo dali oriundo e inexistindo, por outro lado, comprovação da existência da coação, há de ser mantida a validade do título exequendo.

3. Inviável o reconhecimento da existência de lesão no negócio jurídico, fundada em excessivo custo da obra e de superfaturamento daquela, por se tratar de fundamento não invocado nos embargos, sendo certo que cabia à exequente invocar, ainda que como tese subsidiária, a existência de excesso de execução, caracterizador da lesão invocada pelo magistrado, o que denota ter decidido além e fora do pedido deduzido.

4. Reformada a sentença, devem ser invertidos os ônus sucumbenciais, o que torna prejudicado o intento voltado à majoração da verba inicialmente arbitrada em primeira instância a esse título. Apelações cíveis conhecidas, provida a segunda e prejudicada a primeira. Sentença reformada.

(e-STJ fl. 1.857)

Embargos de Declaração: opostos por *Warre Engenharia, Paulo e Sonia*, foram rejeitados.

Despacho: o Desembargador Relator Itamar de Lima, que proferiu o voto vencedor no julgamento da apelação, após a oposição dos embargos de declaração, mas antes de seu julgamento, declarou-se suspeito para atuar doravante no processo, “devido a fatos supervenientes ligados a circunstâncias internas, por motivo de foro íntimo” (e-STJ fl. 2.021).

Recurso especial de Warre Engenharia e Saneamento Eireli e Paulo Tarso Daher – Espólio: alegam violação dos arts. 139, III, 142, 143, II, 369, 371, 375, 489, II, § 1º, IV, 1.013, §§ 1º e 2º, do CPC/2015; e 151, 157, § 1º, 166, II e VI, 167, § 1º, II e III, 171, II, 184 e 212, I e IV, do CC/2002.

Narram que, “a Empresa Recorrida é de propriedade do Sr. Alvicto Nogueira, popularmente conhecido pela alcunha de “KaKa Nogueira”, o qual, nos últimos anos, tem sido alvo constante de investigações por parte das autoridades competentes, justamente por cometer ilícitos de ordem tributária e administrativa, utilizando-se para tanto da pessoa jurídica ora Recorrida, sendo tal fato amplamente divulgado pela mídia especializada” (e-STJ fls. 2.216-2.217).

Aduzem que pediram a produção de prova pericial grafotécnica, contábil e com nomeação de engenheiro, as quais foram indeferidas pelo Juízo de primeiro grau, contudo, o pedido não foi reiterado em preliminar de apelação, tendo em vista que a sentença acolheu a sua pretensão, mas só em embargos de declaração, diante do acórdão desfavorável. Assim, alegam cerceamento de defesa, porquanto o Tribunal de origem cassou a sentença e julgou improcedente o pedido por ausência de provas, quando deveria ter determinado a instrução integral do processo (e-STJ fls. 2.229).

Aduzem, ainda, cerceamento de defesa, considerando que o Tribunal de origem negou a expedição de ofício para obtenção de informações constantes de Inquérito Policial e na Ação Civil Pública.

Afirmam que o acórdão recorrido violou os arts. 139, III, 142, 143, II, do CPC/2015, diante da “ausência de zelo por parte do Tribunal de Justiça ‘a quo’ no sentido de evitar que o Poder Judiciário seja utilizado como instrumento para *esquentar* dinheiro de *propina*” (e-STJ fl. 2.239).

Pretendem, outrossim, a reavaliação da prova produzida, para reformar o acórdão recorrido que reconheceu válido negócio jurídico maculado por coação, lesão, simulação e ilicitude e, assim, reestabelecer a sentença que reconheceu os defeitos do negócio jurídico celebrado entre as partes.

Recurso especial de Sonia Maria Siqueira Daher: alega violação dos arts. 141, 341, 369, 370, 371, 375, 389, 409, 489, § 1º, IV, 492, 931, I, 1.009, 1.013, §§ 1º e 2º, e 1.022, II e parágrafo único, do CPC/2015; e 151, 157, § 1º, 166, II e VI, 167, § 1º, II e III, 171, II, 184 e 212, I e IV, do CC/2002.

Reitera, em síntese, as alegações dos demais recorrentes quanto à ocorrência de cerceamento de defesa e à comprovação da coação, lesão, simulação e ilicitude, afirmando que deve prevalecer a valoração da prova realizada pelo voto vencido e pela sentença.

Acrescenta, ainda, que o Tribunal de origem proferiu julgamento *citra petita*, pois apenas afastou as alegações de simulação e lesão, sem o devido aprofundamento.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/GO inadmitiu os recursos, dando azo à interposição de agravos por ambos os recorrentes (AREsp 2.135.211/GO), providos para determinar a sua conversão em recursos especiais (e-STJ fls. 2.776 e 2.786).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal é definir se, na hipótese dos autos, (I) o instrumento de confissão de dívida no qual se funda a execução consiste em negócio jurídico simulado para mascarar a promessa de pagamento de vantagem indevida a funcionário público (*propina*); (II) está caracterizada a ocorrência de lesão ou coação; (III) houve cerceamento de defesa; e (IV) o julgamento foi *citra petita*.

Os recursos especiais serão analisados em conjunto, considerando a identidade de suas principais alegações.

1. *Lineamentos gerais*

1. A recorrida (*Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*) ajuizou ação de execução de título extrajudicial contra os recorrentes (*Warre Engenharia e Saneamento Eireli, Paulo Tarso Daher e Sonia Maria Siqueira Daher*), fundada em Instrumento de Confissão de Dívida firmada entre as partes, oriunda do Contrato n. 43/2011, por meio do qual a *Warre* locou máquinas da recorrida.

2. Por sua vez, os recorrentes opuseram ação de embargos à execução, alegando, no mérito, que o título executivo e o contrato originário de locação de máquinas “são atos jurídicos nulos de pleno direito, pois se tratam de documentos simulados e contaminados com falsidade ideológica” (e-STJ fl. 12).

3. Afirmam, assim, que a suposta dívida consiste, na realidade, em *propina* prometida, mediante suposta coação e lesão, pelo representante da embargante *Warre (Paulo)* ao sócio administrador da sociedade embargada que leva o seu nome (*Alvicto Ozores Nogueira*), Secretário de Estado da Infraestrutura do Governo de Tocantins na época dos fatos, a fim de que este, *em troca*, liberasse o pagamento, pelo Estado, do crédito devido, há muito, à embargante *Warre* no valor de R\$ 18.437.033,67, decorrente de correção monetária oriunda de antigo contrato de empreitada de construção do Palácio do Governo.

4. Nesse contexto, a principal discussão em exame se resume em definir se as circunstâncias delimitadas pelas instâncias de origem são suficientes para comprovar as alegações dos recorrentes no sentido de que o título executivo consiste em negócio jurídico simulado, ilícito ou decorrente de coação ou lesão.

5. Destaca-se, desde já, que eventual nulidade do título executivo (I) *não significa* no reconhecimento de que a conduta do representante da *Warre* de prometer a propina é lícita; (II) *tampouco impede* que a recorrida *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda* ajuíze ação, pelo procedimento comum, com o objetivo de cobrar por serviços que efetivamente prestou à *Warre*, de forma lícita, *se assim comprovar*.

6. O presente julgamento se limita, assim, a discutir as consequências no âmbito da ação de execução e dos respectivos embargos, de modo que eventual responsabilidade civil, administrativa ou penal das partes deve ser apurada em ação própria.

2. *Da ausência de julgamento citra petita*

7. A recorrente *Sonia* alega que o Tribunal de origem proferiu julgamento *citra petita*, pois se concentrou na questão referente à coação, afastando as alegações de simulação e lesão, sem o devido aprofundamento.

8. Segundo a jurisprudência desta Corte, “não há que falar em julgamento *citra petita* quando o órgão julgador não afronta os limites objetivos da pretensão inicial, tampouco deixa de apreciar providência jurisdicional pleiteada pelo autor da ação, respeitando o princípio da congruência” (AgInt no AREsp 1.538.345/RJ, 3ª Turma, DJe 24/9/2020).

9. Nessa linha, somente “constitui julgamento *citra petita* aquele que não aprecia todos os pedidos formulados pela parte em sua petição inicial” (AgInt no AgInt no AREsp 1.259.282/SP, 4ª Turma, DJe 9/6/2021).

10. No particular, o Tribunal de origem não se limitou a julgar o pedido de declaração de nulidade do título executivo, por coação, mas também o apreciou sob as alegações de simulação, ilicitude e lesão, em que pese tenha decidido que as circunstâncias dos autos não são suficientes para demonstrar a caracterização desses vícios.

11. Portanto, não havendo julgamento *citra petita*, não se verifica a alegada violação aos arts. 141 e 492 do CPC/2015.

3. *Da simulação*

3.1. *Dos negócios jurídicos simulado e dissimulado*

12. Nos termos do art. 167, *caput*, do CC/2002, é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

13. Dentre as hipóteses de ocorrência de simulação, estão aquelas em que os negócios jurídicos “contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira” ou “os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”, conforme o art. 167 § 1º, II e II, do CC/2002.

14. Ainda, “na análise do vício da simulação, devem ser considerados os seguintes elementos: a consciência dos envolvidos na declaração do ato simulado, sabidamente divergente de sua vontade íntima, a intenção enganosa em relação a terceiros, e o conluio entre os participantes do negócio danoso” (REsp 1.969.648/DF, 3ª Turma, DJe 21/10/2022).

15. Como explica Sílvio de Salvo Venosa, “simular é fingir, mascarar, camuflar, esconder a realidade. Juridicamente, é a prática de ato ou negócio que esconde a real intenção. A intenção dos simuladores é encoberta mediante disfarce, parecendo externamente negócio que não é espelhado pela vontade dos contraentes” (Direito civil: parte geral. 22. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 465).

16. De fato, “negócio simulado é o que tem aparência contrária à realidade. A simulação é o instrumento de aparência, de inverdade, de falsidade, de fingimento, de disfarce” (LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. v. 1. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 324).

17. Quanto ao seu conteúdo, a doutrina classifica a simulação em absoluta e relativa. A absoluta consiste na hipótese em que o negócio jurídico simulado tem conteúdo vazio, inexistente. Por sua vez, na relativa, o conteúdo é diverso do que aparenta.

18. A simulação relativa, também denominada de dissimulação, contém dois negócios: “a) o negócio simulado, que esconde ou camufla outro negócio, que é b) o negócio jurídico dissimulado, o qual exprime a verdadeira intenção das partes” (SCHREIBER, Anderson; et al. Código civil comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 141).

19. A classificação é apenas em relação à existência ou não de um negócio jurídico dissimulado. O negócio simulado será sempre nulo, já o dissimulado poderá ser válido, se preenchidos os requisitos de validade que lhe são inerentes. Evidentemente que o negócio dissimulado será nulo se tiver, por exemplo, objeto ou motivo determinante ilícitos (art. 166, II e III do CC/2002).

20. Destaca-se que, na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado (na forma do art. 167, *caput*, do CC/2002) não decorre tão somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele (SCHREIBER, Anderson; et al. Código civil comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 141).

21. Ressalta-se que a simulação é um dos chamados “vícios sociais, pois além de atingir pessoas determinadas agride a ordem pública e a segurança das relações jurídicas” (MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Código civil comentado. 8. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 119), a justificar a dura resposta dada pelo Código Civil de 2002 a esse tipo de prática.

22. Nessa linha, conforme a jurisprudência desta Corte, “a simulação é causa de nulidade absoluta do negócio jurídico simulado”, sendo este insuscetível

até mesmo de prescrição e de decadência” (AgInt no AREsp 1.557.349/SP, 4ª Turma, DJe 25/5/2020; e AgInt no REsp 1.783.796/RO, 3ª Turma, DJe 5/11/2019).

23. Ademais, como bem definido por esta Terceira Turma, em relevante precedente sobre o tema, a simulação é questão de ordem pública e a nulidade do negócio jurídico simulado pode ser (I) alegada por uma das partes contra a outra, não podendo apenas contra terceiros de boa-fé; (II) reconhecida de ofício pelo Juízo; (III) inclusive, de forma incidental, em qualquer processo em que for ventilada a questão (REsp 1.927.496/SP, 3ª Turma, DJe 5/5/2021).

24. Confira-se, outrossim: REsp 1.969.648/DF, 3ª Turma, DJe 21/10/2022; REsp 1.582.388/PE, 1ª Turma, DJe 9/12/2019.

3.2. Da prova da simulação

25. Nas lições de Sílvio de Salvo Venosa, a prova da simulação é “difícil e custosa”, afinal, “por sua própria natureza, o vício é oculto. As partes simulantes procuram cercar-se de um manto para encobrir a verdade. O trabalho de pesquisa da prova deve ser meticuloso e descer a particularidades. Raramente, surgirá no processo a chamada “ressalva” (contracarta ou contradocumento, documento secreto), isto é, documento que estampa a vontade real dos contratantes e tenha sido elaborado secretamente pelos simulantes” (Direito civil: parte geral. 22. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 481).

26. Com efeito, “em razão disso, devem as partes prejudicadas recorrer a *indícios* para a prova do vício. O intuito da prova da simulação em juízo é demonstrar que há ato aparente a esconder ou não outro. Raras vezes, haverá possibilidade da prova direta. *Os indícios avultam de importância. Indício é rastro, vestígio, circunstância suscetível de nos levar, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos*” (*Ibid.*, p. 481).

27. Nessa linha de raciocínio, prossegue o autor:

Como vemos, é ampla a possibilidade de o juiz valer-se dos indícios para pesquisar a simulação. A presunção também é outro meio de prova útil no caso. Presunção é a ilação que o julgador tira de um fato conhecido para chegar a um fato desconhecido.

É importante, para concluir pela simulação, estabelecer um quadro, o mais completo possível, de indícios e presunções. São indícios palpáveis para a conclusão positiva de simulação: parentesco ou amizade íntima entre os contraentes; preço vil dado em pagamento para coisa valiosa; falta

de possibilidade financeira do adquirente (que pode ser comprovada com a requisição de cópia de sua declaração de Imposto de Renda); o fato de o adquirente não ter declarado na relação de bens, para o Imposto de Renda, o bem adquirido.

Um dos principais indícios de simulação é a pesquisa da causa simulandi.

A primeira pergunta que deve fazer o julgador é: possuíam os contraentes motivo para praticar um ato simulado? Assim como o criminoso tem um móvel para o crime, os simuladores têm um móvel para a prática do negócio viciado.

A segunda pergunta que se deve fazer no exame de um caso de simulação é: possuíam os contraentes necessidade de praticar o negócio simulado? Tal necessidade pode ser de variada natureza. O caso concreto dará a resposta.

A resposta afirmativa a essas duas questões induz o julgador a decidir pela existência da simulação.

Outros indícios, porém, formarão o complexo probatório: alienação de todo o patrimônio do agente ou de grande parte dele; relações já citadas de parentesco ou amizade íntima entre os simuladores, bem como relação de dependência hierárquica ou meramente empregatícia ou moral; antecedentes e a personalidade do simulador; existência de outros atos semelhantes praticados por ele; decantada falta de possibilidade financeira do adquirente: preço vil; não transferência de numerário no ato nas contas bancárias dos participantes; continuação do alienante na posse da coisa alienada; o fato de o adquirente não conhecer a coisa adquirida.

A prova da simulação requer um todo homogêneo, não bastando simplesmente a íntima convicção do julgador.

(*Ibid.*, p. 481)

28. Ressalta-se que o art. 212, IV, do CC/2002 prevê a **presunção** como meio de prova do fato jurídico. De fato, “presunção é a conclusão a que se chega em torno de um fato desconhecido mediante análise de um fato demonstrado. Trata-se de ilação, dedução ou aplicação das regras de experiência comum para alcançar, por meio da análise de um certo acontecimento, resultado inatingível pela averiguação direta de outra ocorrência afirmada. Parte-se de uma verdade conhecida para chegar a outra – de cunho jurídico – ignorada” (MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Código civil comentado. 8. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 150).

29. O indício não se confunde com a presunção, sendo ele um “fato conhecido do qual se extrai uma presunção” (*Ibid.*, p. 150).

30. Quanto à prova da simulação por meio de indícios, leciona Luiz Guilherme Marinoni que, “em regra, somente é possível demonstrar que alguém

desejou algo, e declarou coisa diversa, através da prova de fatos indiciários, que são fatos que circundam ao redor da alegação da simulação. Admitindo-se a alegação de tais fatos e por consequência a sua prova, isto é, a prova indiciária, o magistrado forma um juízo acerca da alegação da simulação partindo da constatação da prova do fato indiciário” (Simulação e prova. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 22, p. 843-849, out./dez. 2001, p. 845).

31. Essa orientação foi adotada por esta Terceira Turma, ressaltando até que investigações e ações judiciais contra a parte acusada de praticar a simulação “devem sim ser sopesadas na análise a conduta daninha”, considerando que “a prova da simulação pode ser bastante difícil, por ser diabólica [...], e assim é, porque os malfeitores, intencionalmente, buscam manter a situação mentirosa como se fosse verdadeira, com a finalidade de enganar terceiros alheios ao negócio jurídico simulado” (REsp 1.969.648/DF, 3ª Turma, DJe 21/10/2022).

4. Do dever do juiz de impedir o uso do processo judicial para fins ilegais

32. No particular, a controvérsia versa sobre possível simulação para encobrir promessa e posterior pagamento de “propina” (vantagem indevida) a funcionário público (Secretário de Estado), ou seja, para a prática, em tese, de crimes de corrupção, de modo que merece destaque o dever imposto ao Juiz pelo art. 142 do CPC/2015.

33. Nos termos desse artigo, “convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado **ou conseguir fim vedado por lei**, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.

34. A utilização do processo para conseguir objetivo ilegal “viola o dever de lealdade de boa-fé. Afinal, o processo é instrumento estatal e público de manifesto conteúdo ético, por conseguinte, não se prestando para fins escusos e contrários à lei”. Ademais, “pese a redação do dispositivo (que só fala em “autor e réu”, como se sempre estivessem conluiados), a conduta ora tratada por ser unilateral ou bilateral” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; *et al.* Comentários ao Código de Processo Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 232).

35. Comentando o dispositivo equivalente no CPC/1973 (art. 129), ensina Pontes de Miranda: “a característica de tal poder do juiz, estranho à delimitação ao pedido em que tradicionalmente sempre se pôs o juiz, consiste em ter ele (verbo “proferirá”) de obstar ao objetivo indevido da parte. A parte adversa não

lho pediu, ou lho pediu, ou lho sugeriu no curso da causa. Não importa. **Os atos que ele pode impedir, invocando o art. 129, foram considerados pelo Estado, independentes de qualquer das partes.** Ao ter de decidir, o juiz se encontra em face do que aduziram as partes e os interessados, e desse pedido do Estado. Porque, em verdade, o art. 129 funciona no processo, se queremos conservar os princípios que regem o direito processual, como pedido do Estado para que se coarcte a atividade daninha de qualquer dos litigantes, autor ou réu. Pedido permanente e para quaisquer processos” (MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 370).

36. Nesse sentido, explicam José Luiz Ragazzi e Paulo Henrique Silva Godoy:

O ideal é que a simulação ou colusão entre as partes seja impedida por decisão judicial, nos termos do art. 142 do CPC, ou seja, o juiz, convencendo-se de que as partes estão se utilizando do processo para atingir objetivos ilícitos, deve obstar tal objetivo, proferindo, pois, uma sentença obstativa que pode ser sem ou com resolução do mérito (CPC, arts. 485 e 487), dependendo do caso e da necessidade de impedir o abuso do processo. Nem sempre a conduta ilícita praticada pelas partes fica evidenciada, embora a decisão possa ser proferida por provas indiciárias da fraude.

(Da ação rescisória resultante de simulação ou colusão entre as partes no CPC/2015. Revista de Processo, vol. 309, ano 45, p. 165-180. São Paulo: RT, novembro 2020, p. 169).

37. Trata-se, assim, de importante instrumento processual para vedar o uso do processo judicial para fins ilícitos, que ganha mais relevância quando se está diante de possível finalidade criminosa.

38. Não se pode olvidar que, mesmo no âmbito penal, a produção de provas de crimes de corrupção é uma tarefa árdua, apesar da estrutura do Estado à disposição dos órgãos de persecução penal, além de diversos meios legais específicos para tanto (*v.g.* interceptação telefônica, quebra de sigilos, agentes infiltrados etc.), fruto da ponderação de direitos fundamentais pelo legislador, como forma de assegurar a efetividade de investigações de crimes complexos, como os praticados por agentes públicos, inseridos nos crimes denominados de “colarinho branco”.

39. Como bem consignado por Luís Roberto Barroso, “trata-se de um tipo de crime difícil de rastrear, porque subornos e propinas não vêm a público facilmente nem são lançados na contabilidade oficial” (*In*: SALGADO, Daniel de Resende; *et al.* Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 28).

40. No processo civil, por sua vez, a produção de prova nessas hipóteses fica ainda mais difícil, o que, por óbvio, não justifica o convencimento do Juízo com base em meras alegações ou suspeitas, mas impõe ao Judiciário o dever de examinar com cautela os indícios que demonstram possível objetivo ilícito almejado por uma ou ambas as partes, por meio do processo.

41. Sob esse enfoque, é absolutamente vedado o uso do processo judicial para a execução de propina – compreendida como vantagem indevida prometida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (podendo caracterizar, em tese, os crimes previstos nos arts. 316, 317 e 333 do CP) – ou qualquer valor que seja produto de crime.

42. Com efeito, havendo circunstâncias suficientes nesse sentido, independentemente de qualquer pedido ou alegação das partes, o Juiz tem o dever de agir de ofício, nos termos do art. 142 do CPC/2015, para impedir que o Judiciário sirva como meio de cobrança de valores provenientes de crime ou como forma de lavagem de dinheiro.

5. *Da hipótese dos autos*

43. Os recorrentes alegam que a *Warre Engenharia e Saneamento Eireli* era credora do Estado de Tocantins no valor de R\$ 18.438.033,67, decorrente de atualização monetária oriunda do contrato n. 304/1989, por meio do qual prestou serviços ao Estado na construção do Palácio Araguaia em Palmas/TO.

44. Aduzem que, em 2014, o representante da *Warre, Paulo Tarso Daher*, foi procurado por Douglas Semedo Júnior, um preposto da recorrida *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*, afirmando que, mediante o pagamento de R\$ 8.795.432,00 (propina) a esta sociedade, o referido crédito com o Estado poderia ser pago por meio da Agência de Máquina e Transportes do Estado de Tocantins (*Agetrans*), cujo Presidente era *Alvicto Ozores Nogueira*, que também era o sócio-administrador da sociedade recorrida que leva o seu nome, bem como Secretário de Estado da Infraestrutura do Governo de Tocantins.

45. Afirmam que a *Warre*, na época, estava passando por grave crise financeira e precisava do crédito perante o Estado, razão pela qual seu representante *Paulo*, se viu “coagido” a concordar com o pagamento da propina solicitada.

46. Assim, a fim de dar aparência de legalidade ao pagamento da propina, a *Warre Engenharia e Saneamento Eireli* e a *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda* **simularam** dois negócios jurídicos: I) o contrato n. 43/2011, *antedatado* de

1º/12/2011, forjando que a *Warre* teria locado equipamentos da sociedade de *Alvicto*, bem como as respectivas medições; e II) o instrumento particular de confissão de dívida no valor da propina de R\$ 8.795.432,00 pela *Warre* em favor da sociedade de *Alvicto*, assinado em 10/12/2014.

47. Em razão disso, *Alvicto Ozores Nogueira*, na sua condição de Secretário de Estado e Presidente da *Agetrans*, fez com que o Estado pagasse o crédito devido à *Warre*.

48. Ocorre que a *Warre*, após ter recebido o seu crédito, recusou pagar a propina acordada, razão pela qual a sociedade de *Alvicto* ajuizou, em 27/1/2015, a ação de execução de título executivo extrajudicial contra a *Warre*, seu representante *Paulo* e sua esposa *Sônia*, fundada no referido instrumento particular de confissão de dívida simulado para mascarar a propina prometida.

49. Na sequência, a *Warre* ajuizou a ação de embargos à execução, alegando a inexigibilidade e nulidade do título executivo, por ser decorrente de simulação, coação, lesão e ilicitude.

50. A partir de todas essas alegações por *Warre*, *Paulo* e *Sônia*, a controvérsia na ação de embargos à execução, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais, consistiu, principalmente, em definir se o título executivo (instrumento de confissão de dívida no valor de R\$ 8.795.432,00, oriunda de inadimplemento do contrato de locação de equipamentos n. 43/2011) consiste na alegada promessa de propina e, assim sendo, se é nulo ou anulável por ser decorrente de simulação, coação, lesão e ilicitude.

51. Analisando o conjunto fático-probatório dos autos, o Juízo de primeiro grau decidiu que a versão dos fatos alegada pelos recorrentes ficou comprovada, caracterizando, juridicamente, a invalidade do título executivo, diante da coação e lesão, reconhecendo, ainda, ser ilegal por se tratar de pretensão espúria.

52. Em segunda instância, o voto vencido proferido pelo Dr. Ronnie Paes Sandre e acompanhado pelo Des. Gilberto Marques Filho ratificou a sentença, destacando, ainda, que “além de toda a argumentação esposada pelo douto julgador singular em sua sentença, inclusive com depoimentos prestados em juízo, também pelos motivos alhures apresentados entendo que o Contrato de n. 043/2011 é pacto fictício, elaborado com o intuito único de validar coação perpetrada pelo sócio da empresa embargada em desproveito dos representantes legais da embargante, com o objetivo de conseguir vantagem indevida, o que não se pode admitir, mormente ainda por entender ser inadmissível a utilização do Poder Judiciário como meio de chancela de mecanismos de corrupção, que impende ser apurada com todo rigor” (e-STJ fl. 1.868).

53. No entanto, prevaleceu o voto proferido pelo Relator Des. Itamar De Lima – que, após a oposição de embargos declaratórios, se declarou suspeito por fatos supervenientes ao julgamento da apelação –, acompanhado pelo Dr. Fernando De Castro Mesquita e pelo Des. Gerson Santana Cintra, no sentido de que as circunstâncias dos autos não preenchem os requisitos exigidos pelo Código Civil para a caracterização de coação ou lesão, bem como não são suficientes para comprovar a ocorrência de simulação.

54. Destaca-se, de início, que, segundo a jurisprudência desta Corte, “a reavaliação das provas e dos fatos expressamente transcritos e delineados na sentença e no acórdão recorrido não encontra óbice na Súmula 7/STJ” (REsp 1.664.907/SP, 3ª Turma, DJe 12/6/2017). Na mesma linha: AgInt no AgInt no AREsp 751.567/MT, 4ª Turma, DJe 25/11/2021.

55. Ademais, “à luz do disposto no art. 941, § 3º, do CPC, as descrições de fato expostas no voto vencedor ou vencido podem ser tomadas em conta para o julgamento do recurso especial, sendo certo que o enfrentamento da questão federal sob a perspectiva do voto-vencido prequestiona a matéria e viabiliza sua análise nas instâncias especiais. Precedentes” (AgInt no REsp 1.837.435/SP, 4ª Turma, DJe 7/6/2022).

56. *Esse também foi o entendimento adotado por esta Terceira Turma no julgamento do REsp 1.969.648/DF, DJe 21/10/2022, no qual, vale dizer, houve a reavaliação dos fatos e provas constantes na sentença e no voto vencido, a fim de reconhecer que as circunstâncias delineadas foram suficientes para comprovar a existência de simulação, reformando, assim, o acórdão recorrido em sentido contrário.*

57. *No particular, as instâncias de origem, a partir da análise do conjunto fático-probatório dos autos, **consignaram a presença, ao menos, das 18 seguintes circunstâncias na hipótese:***

I) o título executivo extrajudicial consiste no Instrumento de Confissão de Dívida firmado entre *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda* e *Warre Engenharia e Saneamento Eireli*;

II) a origem atribuída a essa dívida é a suposta inadimplência da *Warre* decorrente do Contrato n. 043/2011, por meio do qual a *Warre* teria locado da *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*, máquinas (6 escavadeiras hidráulicas, 8 tratores de esteira e 6 motoniveladoras) para a execução de obras de terraplanagem (em Silvanópolis/TO, no trecho da TO-050 entre o citado Município e Pindorama/TO), pelo período de três anos (1º/12/2011 a

30/11/2014) e com valor total de R\$ 9.800.000,00, sendo R\$ 180,00/h, R\$ 140,00/h e R\$ 120,00/h correspondente a cada um dos maquinários indicados;

III) *Alvicto Ozores Nogueira*, detinha, na época, a condição de sócio administrador, com 99% de participação nas quotas sociais, da sociedade empresária *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*;

IV) *Alvicto Ozores Nogueira* foi Secretário de Estado da Infraestrutura do Governo de Tocantins, ao menos, nos períodos de 25/2/2013 a 30/6/2014, tomando posse novamente no mesmo cargo em 6/10/2014, cumulando, ainda, com o cargo de Presidente da Agência de Máquinas e Transportes (*Agetrans*) do Estado de Tocantins;

V) *Alvicto Ozores Nogueira*, na função de Secretário de Estado da Infraestrutura de Tocantins, foi o responsável pela assinatura do Termo de Reconhecimento de Dívida do Estado em favor da *Warre*, em 26/11/2014, ou seja, o ordenador da despesa, autorizando o pagamento de R\$ 18.438.033,67 pelo Estado de Tocantins à *Warre*;

VI) poucos dias depois, em 10/12/2014, é firmado o Instrumento de Confissão de Dívida (título executivo) no valor de R\$ 8.795.432,00, pela *Warre* em favor da sociedade empresária do Secretário de Estado, *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*;

VII) poucos dias depois, em 19/12/2014, *Alvicto Ozores Nogueira*, na função de Secretário de Estado da Infraestrutura de Tocantins, assinou a Nota de Empenho referente à dívida do Estado de Tocantins em favor da *Warre*;

VIII) poucos dias depois, em 22/12/2014, é efetuado o depósito, na conta *Warre*, no valor de R\$ 18.438.033,67, correspondente ao crédito dela em relação ao Estado de Tocantins;

IX) a *Warre* experimentava dificuldades financeiras na época dos fatos (pré-falimentar);

X) “de toda documentação apresentada pela embargante [*Warre*], acerca de sua escrituração contábil, não há qualquer apontamento relacionado ao Contrato n. 043/2011, o que, *prima facie*, não se apresenta como prova absoluta, mas conduz a indício de possibilidade de que tal instrumento realmente não tenha feito parte de mencionada escrituração” (e-STJ fl. 1.866).

XI) a ausência de qualquer Nota Fiscal a respaldar referido Contrato de n. 043/2011, bem como de qualquer Nota Fiscal de remessa e de retorno dos maquinários utilizados na consecução do objeto contratual;

XII) no Contrato de n. 043/2011, consta, no rodapé, uma filial da sociedade KK Máquinas e Logística (atual nome fantasia da sociedade recorrida), localizada na cidade de Barueri/SP, filial esta que somente foi constituída em data posterior;

XIII) o Contrato de n. 043/2011 teria sido firmado em 1º/12/2011, mas o reconhecimento das assinaturas dos contratantes ocorreu apenas em 26/1/2015, data muito posterior e após a liberação de valores pelo Estado, por ato de *Alvicto*, em favor da *Warre*;

XIV) os relatórios de medições que serviriam para comprovar a quantidade de horas de serviço desempenhadas pelo maquinário locado apresentam discrepância com a realidade, pois consta uma quantidade excessiva de horas trabalhadas no período de dezembro/2011 a abril de 2012, no qual, contudo, a obra se encontrava paralisada em virtude das excessivas precipitações pluviométricas no local, conforme Decreto publicado no Diário Oficial do Estado de Tocantins;

XV) *Alvicto Ozores Nogueira* afirmou em seu depoimento que “só faz a medição de acordo com o que utiliza, indica que são as máquinas que foram trabalhadas. O contrato prevê 20 equipamentos, as medições e os valores a serem pagos são referente às máquinas que trabalharam” (e-STJ fl. 1.867);

XVI) “as medições realizadas e a conclusão da perícia técnica com base, também, em documentos oficiais, ainda que unilateral, dão conta da desproporção entre o preço da contratação e os serviços efetivamente prestados” (e-STJ fl. 1.867);

XVII) “os documentos juntados pela empresa embargada às fls. 494/529 não se apresentam em conformidade com o que a empresa embargante adota como modo de proceder, consoante se verifica da documentação juntada às fls. 66, 69, 72, 75 e 78, o que aponta para possível produção documental com o intuito de validar contrato que apresenta-se desprovido de lastro” (e-STJ fl. 1.868);

XVIII) “por meio de investigações realizadas entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal foram adotadas providências, inclusive que culminaram com a decretação, pelo Judiciário Tocantinense, de prisão preventiva do Sr. *Alvicto*, sobre fatos decorrentes de irregularidades de obras públicas” (e-STJ fl. 1.868).

58. Diante desse cenário, diferentemente de como concluiu o voto vencedor na origem, as circunstâncias delimitadas acima, quando analisadas em conjunto,

comprovam, de forma suficiente, a ocorrência de *simulação* do negócio jurídico no qual se fundamenta a ação de execução, a teor do art. 167, § 1º, II e II, do CC/2002.

59. O negócio dissimulado, segundo alegam os recorrentes, consiste no pagamento de vantagem indevida (propina) pela *Warre* a *Alvicto*, Secretário de Estado, para que este, em contraprestação, pratique ato de ofício, consistente na liberação do crédito pelo Estado em favor da *Warre*.

60. Assim, para dar aparência de legalidade, a *Warre* simulou com a sociedade do Secretário de Estado (*Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*) a celebração de dois negócios jurídicos: I) o instrumento de confissão de dívida no valor da propina – permitindo que *Alvicto* executasse o valor na Justiça, se a *Warre* se recusasse a pagar; e II) o contrato de locação de equipamentos n. 43/2011, como forma de justificar a existência da dívida.

61. A recorrida, por sua vez, alega que não houve simulação e não há relação alguma entre os negócios firmados entre a *Warre* e a sociedade do Secretário de Estado, *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda* e os atos praticados por *Alvicto*, no exercício de sua função pública, que culminaram no pagamento do crédito de R\$ 18.438.033,67 pelo Estado em favor da *Warre*.

62. Realmente, em tese, *não deveria haver* relação alguma entre eles, contudo, *fato é que houve indevida relação entre eles*, considerando as datas e as partes envolvidas, sem qualquer justificativa razoável para tanto, de modo a reforçar a veracidade das alegações dos recorrentes no sentido de que as partes firmaram negócios simulados para dar aparência de legalidade à propina acordada.

63. Com efeito, (I) em 26/11/2014, *Alvicto Ozores Nogueira* (Secretário de Estado), assina o Termo de Reconhecimento de Dívida do Estado em favor da *Warre*; (II) em 10/12/2014 é firmado o Instrumento Particular de Confissão de Dívida pela *Warre* em favor da *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda* – cujo Secretário de Estado é o sócio com 99% das cotas; (III) em 19/12/2014, *Alvicto Ozores Nogueira* assina a Nota de Empenho em favor da *Warre*; e (IV) em 22/12/2014 é efetuado o depósito na conta da *Warre Engenharia*, recebendo, assim, o valor que o Estado lhe devia.

64. Houve uma sequência de atos intercalados praticados pela *Warre* e *Alvicto* (na função pública) em datas muito próximas, a demonstrar que, de fato, cada um estava cumprindo a sua parte no acordo, ficando evidente a relação entre dois eventos que, em um contexto de licitude, jamais deveria existir.

65. *Alvicto*, no exercício de suas funções de Secretário de Estado, assina o Termo de Reconhecimento de Dívida no valor de do Estado em favor da *Warre*. Trata-se de uma dívida de elevado valor (R\$ 18.438.033,67), decorrente de um contrato antigo datado de 1989, referente à construção do Palácio Araguaia em Palmas/TO, *sem qualquer indício de quando seria paga pelo Estado e até se realmente deveria ser paga*. Não obstante, *Alvicto* reconhece tal dívida em detrimento do Estado e em favor da *Warre*, *justamente alguns dias antes de sua sociedade ser beneficiada pela confissão de dívida firmada pela Warre*.

66. Nota-se que a assinatura do Termo de Reconhecimento de Dívida ainda não significa o efetivo pagamento, mas indica que *Alvicto* cumpriria a sua parte no acordo, se a *Warre* cumprisse a sua.

67. De fato, alguns dias depois de ser beneficiada pelo Termo de Reconhecimento de dívida pelo Estado, assinado por *Alvicto*, a *Warre* firma com a sociedade empresária do Secretário de Estado (*Alvicto*) o Instrumento Particular de Confissão de Dívida em favor desta, formalizando o negócio simulado a esconder o negócio dissimulado: a promessa da vantagem em troca do ato a ser praticado pelo Secretário de Estado, no exercício de suas funções, qual seja, a liberação do crédito que *Warre* tinha com o Estado de Tocantins.

68. Na sequência, após a *Warre* ter cumprido a sua parte no acordo (formalizando a propina em título executivo extrajudicial), *Alvicto*, na condição de Secretário de Estado, dá prosseguimento na sua parte e assina a Nota de Empenho quanto ao crédito da *Warre* em desfavor do Estado, de modo que, 3 dias depois, o crédito (R\$ 18.438.033,67) é efetivamente depositado na conta da *Warre*.

69. Essa sequência de eventos já consiste em forte indício a demonstrar a ocorrência de simulação para mascarar o acordo ilícito, sendo, ademais, reforçada quando analisada em conjunto com as demais circunstâncias.

70. O Contrato n. 43/2011 que supostamente deu origem à dívida exequenda contém, no rodapé, filial da recorrida em Barueri/SP que não existia na data do contrato (1º/12/2011), *a indicar que se trata de instrumento antedatado, logo, simulado* (art. 167, § 1º, III, do CC/2002), o que se reforça pela data de reconhecimento das assinaturas ocorrida em 26/1/2015, ou seja, muito depois da suposta confecção do contrato e, ainda, posterior à liberação de valores pelo Estado, por ato de *Alvicto*, em favor da *Warre*.

71. Ademais, esse contrato tinha por objeto a locação de 20 máquinas de grande porte, por um período de 3 anos, envolvendo vultuosos valores (total de R\$ 9.800.000,00, sendo a dívida executada no valor de R\$ 8.795.432,00).

72. Apesar da magnitude do objeto do contrato e dos valores envolvidos, a credora recorrida, proprietária dos equipamentos, não trouxe aos autos nenhuma nota fiscal a respaldar o referido contrato, tampouco notas fiscais de remessa e retorno dos maquinários.

73. *Não é crível, ao menos em um contexto de licitude*, que uma sociedade empresária como a recorrida (*Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*) – com mais de 20 anos de experiência nesse mercado em específico (data de abertura em 12/12/2002), cujo sócio com 99% das quotas sociais é, também pessoa experiente no ramo, tendo sido Secretário de Estado da Infraestrutura e Presidente da *Agetrans* – *deixe de emitir notas fiscais, para não pagar impostos (como alegou), bem como deixe de documentar, quando da realização do negócio e de forma segura, o cumprimento da sua obrigação contratual* (locação de máquinas de grande porte) em um contrato com valor tão elevado.

74. Como já mencionado, a prova da simulação ou até da inexistência de determinado negócio jurídico é de elevada dificuldade, sendo, em regra, mais fácil produzir a prova da efetiva existência de um negócio jurídico nos termos em que pactuados (por meio, por exemplo, de documentos, correspondências, e-mails, testemunhas, contratos, transações bancárias, imagens, vídeos etc.).

75. Nesse contexto, enquanto a *Warre* apresentou elementos que demonstram a ocorrência de simulação, *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda* não apresentou justificativas razoáveis sobre a inegável e suspeita relação entre os negócios firmados entre elas com a liberação, por meio do sócio desta (*Alvicto*), na condição de Secretário de Estado, de valores pelo Estado à *Warre*, tampouco apresentou provas quanto à efetiva existência lícita dos serviços prestados e da dívida nesse valor, o que, em tese, seria de fácil produção, considerando a magnitude do contrato e a sua experiência no mercado.

76. Nota-se, ainda, que o relatório de medições foi o único documento trazido pela recorrida para comprovar que ocorreu a locação de máquinas, no entanto, *até mesmo esse documento se mostrou inconsistente com a realidade*, por apresentar um número excessivo de horas trabalhadas em período no qual as obras estavam paralisadas – sendo, assim, mais um indício de que os negócios foram simulados.

77. Além disso, como consignado pelo voto-vencido, no julgamento da apelação, “de toda documentação apresentada pela embargante, acerca de sua escrituração contábil, não há qualquer apontamento relacionado ao Contrato n. 043/2011, o que, prima facie, não se apresenta como prova absoluta, mas conduz

a indício de possibilidade de que tal instrumento realmente não tenha feito parte de mencionada escrituração” (e-STJ fl. 1.866).

78. Por fim, repisa-se que investigações e ações judiciais contra a parte acusada de praticar a simulação “devem sim ser sopesadas na análise a conduta daninha”, considerando que “a prova da simulação pode ser bastante difícil, por ser diabólica [...], e assim é, porque os malfeitores, intencionalmente, buscam manter a situação mentirosa como se fosse verdadeira, com a finalidade de enganar terceiros alheios ao negócio jurídico simulado” (REsp 1.969.648/DF, 3ª Turma, DJe 21/10/2022).

79. Nesse sentido, registra-se que o Ministério Público do Estado de Tocantins ajuizou *Ação Civil de Improbidade Administrativa (n. 0055229-15.2019.8.27.2729/TO)* contra *Alvicto Ozores Nogueira, Murilo Coury Cardoso, Antonio Marques Ferreira Filho e a Warre Engenharia e Saneamento Ltda*, justamente em razão da liberação, pelo Estado, do crédito no valor de R\$ 18.438.033,67 em favor da *Warre*, cujo Termo foi assinado por *Alvicto* apenas 15 dias antes desta firmar o Instrumento Confissão de Dívida no valor de R\$ 8.795.432,00 em favor da sociedade de *Alvicto* – sendo este o título executivo que os recorrentes alegam ser simulado para mascarar o pagamento de propina.

80. Naquela ação, o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Palmas/TO, em decisão proferida em 4/3/2020, consignou que “no caso específico, vejo que há fortes indícios de irregularidade na conduta dos réus *Alvicto Ozores Nogueira, Murilo Coury Cardoso e Antônio Marques Ferreira Filho* que, agindo em conjunto e aproveitando dos cargos públicos que ocupavam, efetivaram o Termo de Reconhecimento de Dívida em favor da empresa *Warre Engenharia e Saneamento Ltda* que pelo que se infere do *Parecer COFAO/DFA n. 001/2013*, exarado pela Controladoria-Geral do Estado do Tocantins, em data de 08 de janeiro de 2013 (Processo Administrativo n. 2012/0906/000057) já se encontrava prescrita, ocasionando dano ao erário no importe de R\$ 18.438.033,67”.

81. Em razão disso, o Juízo, nessa decisão, deferiu “a indisponibilidade de bens móveis e imóveis dos requeridos, até o montante do suposto dano, calculado no valor de R\$ 18.438.033,67”.

82. Observa-se, outrossim, que não se trata de fato isolado, uma vez que *Alvicto Ozores Nogueira, Sandoval Lobo Cardoso* (seu cunhado e ex-governador de Tocantins entre 2014 e 2015), *José Wilson Siqueira Campos* (ex-governador de Tocantins entre 1989-1991, 1995-1998, 1999-2003 e 2011-2014) e outros

foram denunciados pelo Ministério Público Federal, no âmbito da Operação Ápia, pela suposta prática de crimes de peculato, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro, em razão de esquema criminoso, no qual empresários eram beneficiados, mediante o pagamento de propina aos funcionários públicos denunciados, que, principalmente por meio da *Agetrans* (à Secretaria Estadual de Infraestrutura), desviavam recursos públicos, por meio de atestado fraudulento de cumprimento de contratos de obras públicas, como pavimentação asfáltica em percentual fictício, inclusive com medições fraudulentas.

83. Registra-se que essa ação penal tramitava na 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Tocantins, mas foi remetida à Justiça Eleitoral, conforme acórdão proferido pelo STF na Rcl 37.751/TO AgR, DJe 29/9/2020, resultando na *Ação Penal Eleitoral n. 0601425-66.2020.6.27.0029*, atualmente em trâmite perante o Juízo da 29ª Zona Eleitoral de Palmas/TO.

84. Além disso, o Tribunal de Contas do Estado de Tocantins (TCE/TO) aplicou multa e julgou irregulares as contas de ordenador de despesa da *Agetrans* do Estado de Tocantins, relativas (I) ao exercício de 2013, sob a responsabilidade de *Alvicto Ozores Nogueira* (acórdão n. 602/2018); e (II) ao exercício de 2014, sob a responsabilidade de *Alvicto* e Murilo Coury Cardoso (acórdão n. 299/2017).

85. Esse cenário de outros processos envolvendo *Alvicto Ozores Nogueira*, tanto pelos fatos aqui tratados como por outros semelhantes, *intensifica o dever imposto ao Juiz* de impedir o uso do processo por quem objetiva obter fim vedado por lei (art. 142 do CPC/2015), sobretudo em um contexto no qual há indícios do uso do processo para o exaurimento de crime.

86. De todo modo, *a análise conjunta das 18 circunstâncias elencadas acima*, a partir do cenário fático delimitado pelas instâncias de origem, demonstra suficientemente que o título executivo extrajudicial discutido no presente processo, qual seja, o Instrumento Particular de Confissão de Dívida firmado entre a *Warre* e a *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*, em favor desta, *é nulo, pois consiste em negócio jurídico simulado*, na forma dos arts. 167, § 1º, II e III, do CC/2002.

87. Por sua vez, não há que falar em subsistência do negócio dissimulado, porquanto este consiste na promessa de vantagem indevida (propina) a funcionário público, para determiná-lo a praticar ato de ofício (fato tipificado como crime, na forma dos arts. 316, 317 ou 333 do CP, a depender das circunstâncias). Assim, tanto o seu objeto quanto seu motivo determinante, comum a ambas as partes, são ilícitos, sendo, também o negócio dissimulado, nulo, na forma do art. 166, II e III, do CC/2002.

88. Não obstante, ressalta-se que o presente julgamento não tem o condão de inocentar a *Warre* e seu representante ou de reconhecer a sua conduta como lícita, diante dos fatos narrados, *tampouco se reconhece como devida qualquer quantia à WARRE*.

89. De igual modo, não se está a discutir se a liberação dos valores pelo Estado em favor da *Warre* foi devida ou não.

90. A apuração sobre eventual ilicitude nesses fatos deve ser feita pelas vias próprias, como já ocorre no âmbito da Ação Civil de Improbidade Administrativa n. 0055229-15.2019.8.27.2729/TO.

91. Além disso, eventual conduta ilícita por parte do representante da *Warre* (*Paulo*), por ter sido quem prometeu a propina, não prejudica o presente recurso, *uma vez que isso não afasta a nulidade do negócio simulado (que pode ser reconhecida até mesmo de ofício, como visto), muito menos autoriza o uso do processo judicial para o fim ilegal de cobrar a propina*, por parte, na espécie, da recorrida *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda.*

92. Por outro lado, como já mencionado, nada impede que a recorrida ajuíze outra ação contra os recorrentes, a fim de cobrar por eventuais serviços efetivamente prestados – hipótese na qual, contudo, não poderá se valer de mero título simulado, como fez no presente processo, de modo que só será devida a cobrança se comprovar a real locação das máquinas e o valor devido.

93. Assim, a extinção da execução decorre tão somente do fato de ambas as partes terem pactuado negócio jurídico simulado e da vedação do uso do processo judicial para obter fim vedado por lei, na hipótese, a execução de propina (vantagem ilícita prometida a funcionário público), na forma dos arts. 167, § 1º, II e II, do CC/2002 e 142 do CPC/2015.

94. Diante do reconhecimento de que as provas produzidas são suficientes para comprovar a ocorrência de simulação (causa de nulidade do negócio jurídico), ficam prejudicadas as alegações, nas razões recursais, quanto à caracterização de cerceamento de defesa pelo indeferimento de provas e quanto à coação e lesão (causas de anulabilidade do negócio jurídico).

6. *Dispositivo*

Forte nessas razões, *conheço parcialmente* dos recursos especiais interpostos por *Warre Engenharia e Saneamento Eireli, Paulo Tarso Daher – Espólio* e *Sonia Maria Siqueira Daher* e, nessa extensão, *dou-lhes parcial provimento*, para julgar

parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial dos embargos à execução, declarando a nulidade do título executivo extrajudicial e, por consequência, julgar extinto o processo de execução.

Invertida a sucumbência, condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, os quais fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 2º, do CPC/2015.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se da interposição de recursos especiais por *Warre Engenharia e Saneamento Eireli, Paulo Tarso Daher Espólio e Sonia Maria Siqueira Daher* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

A ministra relatora assim se manifestou em seu voto acerca da presente controvérsia:

*Processual Civil. Recursos especiais. Ação de embargos à execução. Julgamento citra petita. Não ocorrência. Título executivo extrajudicial. Instrumento particular de confissão de dívida. Negócio jurídico simulado. Nulidade. Ocorrência. Negócio dissimulado. Promessa de pagamento de vantagem indevida a funcionário público. Não subsistência. Ausência de requisitos de validade. Objeto e motivo determinante ilícitos. Uso do processo para fim vedado em lei. Impossibilidade. 1. Ação de embargos à execução, ajuizada em 13/4/2015, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais, interpostos em 5/8/2021 e 10/8/2021 e conclusos ao gabinete em 14/7/2022. 2. O propósito recursal é definir se, na hipótese dos autos, (I) o instrumento de confissão de dívida no qual se funda a execução consiste em negócio jurídico simulado para mascarar a promessa de pagamento de vantagem indevida a funcionário público (propina); (II) está caracterizada a ocorrência de lesão ou coação; (III) houve cerceamento de defesa; e (IV) o julgamento foi *citra petita*. 3. Segundo a jurisprudência desta Corte, não há que falar em julgamento *citra petita* quando o órgão julgador não afronta os limites objetivos da pretensão inicial, tampouco deixa de apreciar providência jurisdicional pleiteada pelo autor da ação, respeitando o princípio da congruência. 4. A simulação é causa de nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, podendo ser alegada por uma das partes contra a outra e até reconhecida de ofício pelo Juiz, inclusive de forma incidental. Precedentes. 5. O afastamento do negócio jurídico simulado não implica, necessariamente, no aproveitamento do negócio dissimulado, o que somente ocorre quando este preenche os seus requisitos de validade. 6. Conforme o art. 142 do CPC/2015, havendo circunstâncias suficientes a demonstrar que uma ou ambas as partes, estão usando o processo para obter fim vedado por lei, é dever do Juiz, de ofício, proferir decisão que impeça tal objetivo. 7. Na hipótese dos autos, ficou suficientemente demonstrado, pela análise conjunta de, ao*

menos, 18 circunstâncias delimitadas na origem, que o instrumento de confissão de dívida no qual se funda a execução consiste em negócio jurídico simulado para mascarar a promessa de vantagem indevida (propina) pela recorrente ao Secretário de Estado sócio da recorrida, para que este, em troca, liberasse o crédito pelo Estado em favor da recorrente. Assim, é nulo o negócio jurídico simulado (art. 167, § 1º, II e III, do CC/2002), sendo igualmente nulo o dissimulado, considerando que tanto o seu objeto quanto seu motivo determinante, comum a ambas as partes, são ilícitos (art. 166, II e III, do CC/2002). 8. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, parcialmente providos, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial dos embargos à execução, declarando a nulidade do título executivo extrajudicial e, por consequência, julgar extinto o processo de execução.

Adoto o relatório produzido pela ministra relatora.

Para contextualização resumida, destaco os principais argumentos jurídicos alegados.

Alegam os recorrentes cerceamento de defesa, uma vez que o Tribunal *a quo* cassou a sentença para julgar improcedente o pedido por ausência de provas.

Aduzem que o título executivo e o contrato originário de locação de máquinas são atos jurídicos nulos de pleno direito, porquanto tratam de documentos simulados e contaminados com falsidade ideológica, ressaltando que a suposta dívida consiste em propina prometida pelo representante da empresa *Warre* ao sócio administrador da sociedade embargada, que era Secretário de Estado da Infraestrutura do Governo de Tocantins à época dos fatos, tudo para liberação do pagamento, pelo Estado, do crédito devido, mas prescrito no valor de R\$ 18.437.033,67.

É, no essencial, o relatório.

Primeiramente, importa ressaltar, no caso em apreço, que se trata de judicialização de debate sobre execução de contrato simulado para esconder propina solicitada, cujo olhar do Judiciário deve ser exigente e atento com relação ao imprescindível papel de obstar que o processo judicial seja utilizado como meio para concretização de fins espúrios. E, nesse sentido, importa ressaltar o teor do art. 142 do CPC, que traz princípio norteador da forma correter de se conduzir o processo judicial:

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Tendo tal norte jurídico do atuar, no caso em foco, vê-se que os fatos estão bem delineados nas instâncias originárias e demonstram a nefasta prática simulada denunciada nos embargos à execução, como se vê no contexto fático-probatório explicitado pelo juízo de primeiro grau e pelo voto vencido.

E, nesta seara, não se pode olvidar a importância da contextualização fática produzida pelo juízo em primeira instância e pelo voto vencido, conforme se extrai do teor do art. 941, § 3º, do CPC, que viabiliza o enfrentamento da questão federal sob a perspectiva do voto vencido, considerando a matéria devidamente prequestionada, o que justifica o afastamento do óbice da Súmula n. 7/STJ no caso em apreço. E, nesse sentido, há precedentes do STJ, como se vê a seguir, acerca da relevância da fundamentação do voto vencido e de viabilidade de sua prevalência em determinado caso concreto:

Processo Civil. Recurso especial. Embargos à execução. Art. 941, § 3º, do CPC. *Relevância da fundamentação do voto vencido. Sucessão empresarial irregular. Elementos contundentes constantes das decisões da instância ordinária. Afastamento da Súmula 7 do STJ. Reavaliação dos fatos.*

1. À luz do disposto no art. 941, § 3º, do CPC, as descrições de fato expostas no voto vencedor ou vencido podem ser tomadas em conta para o julgamento do recurso especial, sendo certo que o enfrentamento da questão federal sob a perspectiva do voto-vencido prequestiona a matéria e viabiliza sua análise nas instâncias especiais. *Precedentes.*

2. A caracterização da sucessão empresarial não exige a comprovação formal da transferência de bens, direitos e obrigações à nova sociedade, admitindo-se sua presunção quando os elementos indiquem que houve o prosseguimento na exploração da mesma atividade econômica, no mesmo endereço e com o mesmo objeto social. *Precedentes.*

3. Na instância primeva, foi asseverada a ocorrência da sucessão empresarial “de fato” sem interrupção, ante a comprovação da continuidade, pela adquirente, da mesma atividade empresarial exercida pela sociedade alienante, no mesmo endereço e utilizando-se da mesma mão de obra e de todas as máquinas e equipamentos a esta pertencentes, em decorrência de um nada crível instrumento particular de comodato, registrando, ainda, o encerramento das atividades da sucedida e a incorporação de sua clientela pela sucessora.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.837.435/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 7/6/2022, grifei.)

Portanto, irrefutável que, consoante análise fática já realizada pelas instâncias originárias, os atos praticados o foram de forma a caracterizar de

forma indubitável a prática do contrato simulado, o qual, na verdade, configurou a tentativa de legalização da propina, não podendo, de forma alguma, o Judiciário servir de suporte à concretização de fins espúrios. Conforme muito bem exposto pela ministra relatora há a explicitação de pelo menos 18 circunstâncias fáticas que desenham a simulação contratual realizada para esconder a propina oferecida e aceita (páginas 21 a 24 de seu voto).

Dessarte, no caso presente, não está caracterizado o óbice inserto na Súmula n. 7/STJ porque não se está a reexaminar os fatos, não se cuida de revolver a matéria de fato, o que seria inviável nesta instância especial em decorrência do óbice da Súmula n. 7/STJ, mas, a partir de dados fáticos incontroversos, todos eles assentados, conforme destacado acima, conferir-lhes a correta qualificação jurídica, vale dizer, dar-lhes a devida valoração jurídica, conforme o acervo fático-probatório delineado pelas instâncias originárias, consoante explicado acima.

Nesse sentido, cito:

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial provido. Ação de exigir contas. Reexame. Súmula n. 7/STJ. Não incidência. Qualificação jurídica dos fatos. Não provimento.

1. *Não há vedação para que esta Corte atribua a devida qualificação jurídica aos fatos delineados pelas instâncias ordinárias, porquanto não se reexaminam provas, senão se aplica o direito à espécie.*

2. Hipótese em que o recurso especial foi provido por ter sido, na ação de exigir contas, afastados os encargos, sob o fundamento de ausência de contratação.

3. “Consoante pacificado recentemente pela Segunda Seção deste Tribunal Superior, ao julgar o REsp n. 1.497.831/PR, sob o regramento do art. 1.040 do CPC/2015 (recurso repetitivo), não cabe a revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas, sendo que a exclusão de encargos incidentes na relação contratual, com fundamento na não comprovação da sua pactuação, ante a ausência de juntada do contrato aos autos, caracteriza revisão contratual” (EDcl nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.592.521/PR, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.987.076/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 27/10/2022.)

A matéria, por conseguinte, não é de aferição de elementos fáticos pura e simplesmente, mas de qualificação jurídica de fatos (Klassifizierung von

Fakten), o que se torna possível desde o célebre julgado do Pretório Excelso, da lavra do Min. Moreira Alves, de 23/10/1983, RTJ 108-02-651.

Ante o exposto, manifesto-me no sentido do voto da ministra relatora para conhecer em parte dos recursos especiais interpostos, e, nessa extensão, dar-lhes provimento em parte para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial dos embargos à execução, declarando a nulidade do título executivo extrajudicial e, de consequência, julgar extinto o processo de execução.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *Warre Engenharia e Saneamento Ltda.* (*Warre*) opôs embargos à execução contra *Alvicto Ozores Nogueira e Cia. Ltda.* (*Alvicto*), que foram acolhidos pelo Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Goiânia - GO, para extinguir a execução por ausência de certeza, liquidez e exigibilidade do título que a embasou (e-STJ, fls. 1.579/1.590).

Contra a sentença, foram opostos embargos de declaração, rejeitados (e-STJ, fls. 1.626/1.629).

As partes interpuseram suas respectivas apelações (e-STJ, fls. 1.634/1.640 e 1.645/1.669).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em julgamento estendido, nos termos do art. 942, do CPC/15, por maioria de votos, vencidos o terceiro e o quarto julgadores, deu provimento ao recurso de *Alvicto* e decidiu dar por prejudicado o apelo de *Warre*, em acórdão de relatoria do Desembargador *Itamar de Lima*, assim ementado (e-STJ, fls. 1.844/1.857):

Ementa: Dupla apelação cível. Embargos à execução. Instrumento particular de confissão de dívida. Avença originária assentada em locação de maquinário. Alegação de coação. Reconhecimento do vício na sentença. Invalidação do título, também sob o fundamento de lesão, não invocado na inicial dos embargos. Primeiro recurso. Pretensão de majoração da verba honorária. Segundo recurso. Pretensão de reconhecimento da validade do contrato. Vício de consentimento não demonstrado. Coação não caracterizada de maneira inconteste. Sentença reformada. Ônus sucumbenciais invertidos. Primeiro recurso prejudicado.

1. A coação, enquanto vício do consentimento, consiste em pressão física (vis absoluta) ou moral (vis compulsiva) capaz de viciar a manifestação de vontade, cabendo à parte que a invoca comprovar de maneira inconteste sua

caracterização a fim de que seja reconhecida a existência da mácula apta a anular o negócio jurídico.

2. Havendo nos autos elementos suficientes para demonstrar a existência do contrato originário, cujo descumprimento deu origem à confissão que embasa a execução, e, ainda, de tratativas entre as partes visando a quitação do saldo dali oriundo e inexistindo, por outro lado, comprovação da existência da coação, há de ser mantida a validade do título exequendo.

3. Inviável o reconhecimento da existência de lesão no negócio jurídico, fundada em excessivo custo da obra e de superfaturamento daquela, por se tratar de fundamento não invocado nos embargos, sendo certo que cabia à exequente invocar, ainda que como tese subsidiária, a existência de excesso de execução, caracterizador da lesão invocada pelo magistrado, o que denota ter decidido além e fora do pedido deduzido.

4. Reformada a sentença, devem ser invertidos os ônus sucumbenciais, o que torna prejudicado o intento voltado à majoração da verba inicialmente arbitrada em primeira instância a esse título. Apelações cíveis conhecidas, provida a segunda e prejudicada a primeira. Sentença reformada.

Contra o acórdão, *Warre, Espólio de Paulo Tarso Daher (Espólio) e Sônia Maria Siqueira Daher (Sônia)* opuseram embargos de declaração que, por maioria, não foram acolhidos pelo TJGO (e-STJ, fls. 2.158/2.173).

Warre e *Espólio* interpuseram recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alínea *a*, da CF, apontando violação aos artigos 369, 371, 375, 489, II, § 1º, IV, 1.013, §§ 1º e 2º, do CPC/15 e aos artigos 151, 157, § 1º, 166, II e VI, 167, § 1º, II e III, 171, II, 184 e 212, I e IV, do CC/02, ao sustentar, em suma, (1) negativa de prestação jurisdicional quanto às alegações de simulação, ilicitude e lesão em relação à contratação firmada entre as partes; (2) cerceamento de defesa; e (3) necessidade de retorno dos autos à instância de origem, a fim de produzir as provas solicitadas (e-STJ, fls. 2.201/2.240).

Sônia também interpôs seu apelo nobre, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando ofensa aos artigos 1.022, II, § único, II, 489, § 1º, IV, 141, 341, 369, 370, 371, 375, 389, 409, 492, 931, I, 1.009, 1.013, §§ 1º e 2º, do CPC/15, além dos artigos 151, 157, § 1º, 166, II e VI, 167, § 1º, II e III, 171, II, 184 e 212, I e IV, do CC/02, sob os seguintes argumentos (1) omissão no acórdão recorrido quanto a alegada simulação do negócio jurídico, ocorrência de lesão e cerceamento de defesa pelo reconhecimento de falta de provas das alegações iniciais somente em grau recursal que inverteu a solução de primeiro grau; e (2) necessidade de reavaliação da prova, a partir dos elementos

constantes no voto divergente, por meio do qual foi reconhecida a ocorrência de negócio jurídico simulado entre as partes, a invalidar o título executivo, objeto dos autos (e-STJ, fls. 2.264/2.324).

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 2.342/2.343 e 2.353/2.356).

Os recursos especiais foram inadmitidos na origem (e-STJ, fls. 2.366/2.369 e 2.370/2.372).

Sobrevieram os correspondentes agravos que foram, monocraticamente, conhecidos em parte para lhes negar provimento (e-STJ, fls. 2.617/2.622 e 2.623/2.627).

Contra tais decisões, foram interpostos agravos internos que foram acolhidos, determinando a reatuação dos recursos especiais, para exame mais acurado da matéria colocada em debate (e-STJ, fls. 2.776 e 2.786).

Assim, os recursos especiais foram conhecidos em parte pela eminente Relatora Min. *Nancy Andrigli*, e, nessa extensão, parcialmente providos, para julgar procedentes em parte os pedidos formulados nos embargos à execução, declarar a nulidade do título executivo extrajudicial e, por consequência, extinguir o processo executivo.

Pedi vista para melhor pensar sobre o caso.

Rendendo minhas homenagens à emitente Ministra Relatora e reconhecendo a profundidade jurídica de seu voto, ousou dele divergir, porque, s.m.j, ao meu sentir, não se evidenciou a ocorrência de vício de consentimento na contratação realizada entre as partes e que ensejou o termo de confissão de dívida, objeto da originária execução de título extrajudicial, sendo o caso, portanto, de se negar provimento aos apelos nobres, mantendo-se o acórdão recorrido.

(1) Breve síntese dos autos

Conforme se extrai da sentença de primeiro grau, a execução originária encontra-se embasada no termo de confissão de dívida firmado por *Warre* em favor de *Alvicto*, no valor de R\$ 8.795.432,00 (oito milhões setecentos e noventa e cinco mil quatrocentos e trinta e dois reais).

Referido título teria sido firmado em razão do inadimplemento do contrato de locação n. 043/2011, celebrado entre as partes, envolvendo os seguintes maquinários: 6 (seis) escavadeiras hidráulicas, 8 (oito) tratores de esteira e 6 (seis) motoniveladoras para execução de obras de terraplanagem em

Silvanópolis/TO, no trecho da TO-050, entre esse município e Pindorama/TO, pelo período de três anos (01.12.2011 a 30.11.2014) e com valor total de R\$ 9.800.000,00 (nove milhões e oitocentos mil reais), sendo R\$ 180,00/h, R\$ 140,00/h e R\$ 120,00/h, respectivamente (e-STJ, fl. 1.583).

Em seus embargos à execução, *Warre* alegou, em síntese, que a aludida contratação e o respectivo termo de confissão de dívida são fictícios e, portanto, nulos (*sic*), pois decorreram de coação, lesão e simulação.

Segundo explicou, o valor exequendo seria oriundo de uma promessa de pagamento de “propina”, exigida por Douglas Semedo Junior, na qualidade de preposto de Alvíctio Ozores Nogueira - sócio da empresa exequente e, na época, Diretor da Agência de Máquinas e Transportes do Estado de Tocantins -, para que autorizasse a liberação de um crédito que ela, devedora, possuía com a Fazenda do Estado de Tocantins, no valor de R\$ 18.437.033,67 (dezoito milhões quatrocentos e trinta e sete mil trinta e três reais e sessenta e sete centavos), oriundo de um contrato de empreitada para a construção do Palácio do Governo daquele estado.

O Juízo de primeiro grau reconheceu a ocorrência de vício de consentimento na emissão do aludido título executivo, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 1.583/1.590):

Nesta seara, se estamos diante de um negócio jurídico passível de nulidade nos termos acima expostos, observo que o título objeto da execução não está revestido de certeza, liquidez e exigibilidade e, portanto, a extinção da execução é medida que se impõe, mormente levando-se em conta que todo imbróglio decorreu das negociações que foram de encontro às disposições inerentes à moralidade haja vista que fizeram-se valer por meio de relação de superfaturamento do contrato de locação e mácula ilegal e decorrente de pretensão espúria do exequente/embargado na própria confissão de dívida.

Em sede de apelação, o Desembargador Relator *Itamar de Lima* inverteu a solução do julgado, assentando que (e-STJ, fls. 1.850/1.856):

De pronto, antevejo que não resta caracterizado o vício de consentimento em que se assenta a pretensão deduzida nos embargos à execução.

(...)

Com efeito, muito embora digam que o título em questão teria sido simulado, o certo é que há nos autos elementos que atestam a existência do contrato de locação de máquinas cujo descumprimento deu ensejo àquele documento.

Assim como há provas bastantes da efetiva utilização daqueles equipamentos, como bem evidenciam as medições acostadas ao feito, que se encontram assinadas por representantes da executada/embarcante, o que desconstrói a alegação de que os pactos teriam sido simplesmente forjados com o intento de encobrir um pedido de propina.

Aliás, o embargado cuidou de comprovar que as relações comerciais entre as partes eram corriqueiras, assim como a entabulação de confissões de dívida da natureza daquela aqui questionada (...).

O que fica claro pelas declarações prestadas é que não houve emissão de nota exatamente porque não havia nenhuma provisão de pagamento e a emissão do documento, que se daria apenas à vista de numerário, acabaria por representar prejuízo ainda maior, diante dos vultosos valores de impostos a serem recolhidos por força de tal transação.

De se ver que não há falar em inexistência de comprovação de descumprimento do pacto originário, já que a confissão de dívida é a própria personificação desse descumprimento.

De mais a mais, nos termos do art. 153, do Código Civil, *não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, tal qual é solicitar do devedor que firme título executivo extrajudicial ou dê um bem em garantia real.*

Aliás, se de fato não houvesse a existência de qualquer dívida atribuída à embargante, não teria ela cuidado de efetivar tratativas extrajudiciais visando saldar o débito, **inclusive mediante oferta de imóvel com esse intento**, o qual, todavia, não foi aceito por se mostrar de difícil alienação (...).

Nem se diga que o embargado teria se valido de seu cargo junto ao governo do Estado do Tocantins para perpetrar a simulação já que o pacto originário foi assinado no ano de 2011, portanto anterior ao período em que o exequente permaneceu à frente de tal cargo.

Portanto, não demonstrada de maneira inequívoca a coação invocada, não há como ser reconhecido o vício em questão (...).

E nem se diga que a nulidade poderia também estar assentada em lesão, como apontado pelo magistrado *a quo*, exatamente porque em nenhum momento houve a menção a esse vício ao longo dos embargos, (...).

Tal fato denota que o julgador decidiu além e fora do pedido deduzido, sendo certo que *cabia* à exequente *invocar, ainda que como tese subsidiária, a existência de excesso de execução, caracterizador da lesão invocada pelo magistrado* - sem destaque no original.

Já o MM. Juiz de Direito Substituto em 2º Grau, *Ronnie Paes Sandre*, em seu voto vencido, divergiu, consignando que (e-STJ, fls. 1.865/1.867):

Assim, além de toda a argumentação esposada pelo douto julgador singular em sua sentença, inclusive com depoimentos prestados em juízo, também pelos

motivos alhures apresentados entendendo que o Contrato de n. 043/2011 é pacto fictício, elaborado com o intuito único de validar coação perpetrada pelo sócio da empresa embargada em desproveito dos representantes legais da embargante, com o objetivo de conseguir vantagem indevida, o que não se pode admitir, mormente ainda por entender ser inadmissível a utilização do Poder Judiciário como meio de chancela de mecanismos de corrupção, que impende ser apurada com todo rigor.

Acompanhando o Relator, o Desembargador *Gerson Santana Cintra*, em sua declaração de voto, anotou que (e-STJ, fls. 1.871/1.877):

Extrai-se da documentação coligida ao caderno processual a existência do contrato de locação de máquinas cujo descumprimento ensejou o instrumento particular, ora questionado, bem como vê-se os boletins de medições foram assinados por representantes da empresa executada, que derruba a alegação de que o pacto teria sido forjado, a fim de encobrir pedido de propina.

Por outro lado, observa-se que o embargado comprovou as ligações comerciais entre os litigantes, as quais eram triviais, bem assim a pactuação de confissões de dívida como a aqui demandada (...) - sem destaque no original.

Feita a exposição inicial da pendenga, vê-se que a matéria posta em exame é bastante delicada e de difícil resolução, tanto que há posicionamentos jurisdicionais em ambos sentidos, o que ensejou a realização de julgamento estendido, nos termos do art. 942 do CPC/15, prevalecendo, por três votos a dois, o entendimento do Desembargador Relator *Itamar de Lima*.

Preliminarmente, cumpre apreciar as arguições de negativa de prestação jurisdicional e de cerceamento de defesa formuladas pelos recorrentes, *Sônia* e outro.

(2) Da prestação jurisdicional

Da leitura dos trechos supra colacionados, verifica-se que o acórdão recorrido apreciou todas as questões postas em debate - tanto pela *inexistência* de lesão, coação e/ou simulação no negócio jurídico objeto dos autos, quanto em sentido contrário -, sobressaindo na Corte estadual o entendimento de que *não se evidenciou vício de consentimento no negócio jurídico entabulado entre as partes*, afastada, assim, a pretensão esposada nos embargos à execução opostos por *Warre*.

Nesse contexto, as genéricas alegações de omissão formuladas por *Warre*, *Espólio* e *Sônia* traduzem uma intenção nitidamente infringente, em

rediscutir matéria que já foi amplamente analisada e julgada pelo TJGO e mero inconformismo com o resultado que lhes foi desfavorável.

Todavia, a jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

A propósito, confirmam-se:

Compromisso de compra e venda de imóvel. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 1.022 do CPC/2015. Não ocorrência. Deficiência na fundamentação do recurso. Súmula n. 284/STF. Reexame de cláusulas contratuais e de provas. Inviabilidade. Súmulas n. 5 e 7/STJ. Divergência não demonstrada. Ausência de similitude fática.

[...] 2. *Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.*

[...] 6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.824. 213/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado aos 4/5/2020, DJe de 7/5/2020 - sem destaque no original)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Ausência de violação. Omissão não configurada. Acórdão suficientemente fundamenta do. Indenização por danos morais afastada. Revisão do julgado. Impossibilidade. Matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Agravo interno improvido.

1. *A alegada ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 não ficou configurada, uma vez que o Tribunal de origem examinou, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que tenha decidido em sentido contrário à pretensão da recorrente.*

2. O Tribunal estadual afastou a ocorrência de danos morais indenizáveis que a parte ora recorrente pretendia ver reconhecida na espécie, e o fez, com base no conjunto fático-probatório dos autos, de sorte que a alteração da referida conclusão é providência que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. A incidência da Súmula n. 7/STJ impede o conhecimento do recurso lastreado, também, pela alínea c do permissivo constitucional, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática de cada caso.

4. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1.807.210/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 25/8/2021 - sem destaque no original)

Rejeito, portanto, o alegado.

(3) Da preclusão para arguição de cerceamento de defesa

Em suas razões recursais, *Warre*, *Espólio* e *Sônia* pugnaram pelo reconhecimento de cerceamento de defesa, com o fundamento de que o indeferimento das provas periciais em primeiro grau não lhes havia acarretado prejuízo, em razão do acolhimento de seus embargos à execução.

Contudo, explicaram, com a inversão do julgado, em sede de apelação, por ausência de provas do alegado vício de consentimento que macularia o título executivo extrajudicial, objeto dos autos, as provas indeferidas em primeira instância deveriam ser produzidas, por terem o condão de alterar o deslinde da causa, configurando, segundo entendem, cerceamento de defesa.

Sobre a matéria o Tribunal goiano, ao apreciar os embargos de declaração, assim se pronunciou (e-STJ, fl. 2.169):

No que pertine ao cerceamento de defesa pelo *indeferimento de prova pericial contábil e grafotécnica*, cumpre destacar a preclusão para a invocação do argumento, pois a matéria não foi arguida nas contrarrazões apresentadas pelo embargante (evento 78), conforme determina o artigo 1.009, § 1º do Código de Processo Civil, verbis:

“Art. 1.009. (...) § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.” Grifou-se.

Nessa confluência, em decorrência da não configuração das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, a rejeição dos embargos é medida impositiva, sendo inoportuna a pretensão dos embargantes, porque incabíveis os aclaratórios utilizados com a finalidade discutir questão jurídica já apreciada - sem destaque no original.

Como se vê, a Corte estadual entendeu pela ocorrência da preclusão quanto ao alegado cerceamento de defesa, ante a ausência de arguição oportuna da matéria.

Rever esse posicionamento, demandaria revolvimento de provas e fatos, esbarrando no óbice da Súmula 7 do STJ.

Nesse sentido:

Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Embargos à execução. Omissão ou contradição inexistentes. Acórdão devidamente

fundamentado. Conclusão no sentido da preclusão. Súmula 7/STJ. Inviabilidade de dação em pagamento ou compensação. Manifestação de recusa do credor no recebimento de ações. Iliquidez. Impossibilidade. Inexistência de compensação. Agravo interno desprovido.

1. Não há mais nenhuma omissão ou mesmo contradição a ser sanada no julgamento estadual, portanto inexistentes os requisitos para reconhecimento de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2022. O acórdão dirimiu a controvérsia com base em fundamentação sólida, sem tais vícios, tendo apenas resolvido a celeuma em sentido contrário ao postulado pela parte insurgente.

2. *A segunda instância concluiu ter havido preclusão da decisão que indeferiu o pedido de produção de prova pericial feito em aditamento à petição inicial. Essas ponderações foram fundadas na apreciação fático-probatória da causa, atraindo o óbice da Súmula 7/STJ, que incide sobre ambas as alíneas do permissivo constitucional.*

3. *Consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, “a pretensão recursal de reconhecimento de cerceamento de defesa pela indispensabilidade da prova pericial para a resolução do caso em exame exigiria o revolvimento e a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, reinterpretação de cláusula contratual, questionando o convencimento motivado do magistrado, situação que faz incidir o enunciado de Súmulas 5 e 7 do STJ” (AgInt no REsp 1.864.319/ MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/03/2022, DJe 18/03/2022).*

4. O *decisum* firmou a impossibilidade de dação em pagamento e de compensação, justificando pela carência de liquidez, ao aduzir que o recorrido manifestou desinteresse em aceitar as ações do Banco do Estado de Santa Catarina (BESC) como forma de dação em pagamento, bem como não haveria a existência da mútua de credor e devedor para que existisse a possibilidade de compensação. Dessa forma, firmou-se a inviabilidade de compensação.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.991.527/TO, relator Ministro Marco Aurelio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/8/2022, DJe de 24/8/2022 - sem destaque no original)

Não conheço, portanto, o alegado.

(4) Da pretensão de reavaliação das provas

Em suas razões recursais, *Sônia* pediu a reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, para reconhecer a ocorrência de vício de consentimento envolvendo o título executivo extrajudicial em questão.

A reavaliação da prova tem razão de ser quando se busca atribuir devido valor jurídico a fato incontroverso reconhecido nas instâncias ordinárias.

A tese recursal da releitura do material de cognição para reverter o entendimento sobre a validade do negócio jurídico firmado entre as partes, não traduz mera reavaliação da prova, mas reexame, vedado em recurso especial.

Nesse sentido, já julguei:

Civil. Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Embargos à execução. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Interpretação contratual. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Limitação dos juros. Impossibilidade. Não abusividade a ser aferida com base na taxa média do mercado. Acórdão recorrido em consonância com o entendimento do STJ. Súmula n. 568 do STJ. Decisão mantida. Agravo interno não provido.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: 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.

2. *Rever as conclusões quanto a ausência de novação e, portanto, a ilegitimidade passiva da parte demandaria, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório dos autos e do contrato firmado entre as partes, o que é vedado em razão dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ e não apenas a reavaliação da prova, como alegado. Precedentes.*

3. Esta Corte Superior possui jurisprudência consolidada de que, nos contratos bancários, a limitação da taxa de juros remuneratórios só se justifica nos casos em que aferida a exorbitância da taxa em relação a média de mercado. Súmula n. 568 do STJ.

4. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.643.166/SP, de minha relatoria, Terceira Turma, julgado em 23/11/2020, DJe de 27/11/2020 - sem destaque no original)

Na presente hipótese, não se pode concluir pela ocorrência de coação, lesão ou simulação na celebração do negócio jurídico firmado entre as partes. Aliás, situações, com consequências jurídicas diversas.

Com efeito, nos termos do aresto recorrido, a prova oral conduz ao entendimento de que *Warre* firmou termo de confissão de dívida em favor de *Alvicto*, a fim de assegurar o pagamento da dívida decorrente do contrato 043/2011 firmado entre elas.

Nesse sentido, o aresto recorrido trouxe os seguintes depoimentos testemunhais (e-STJ, fls. 1.852/1.853):

Paulo Daher, proprietário da embargante, apontou textualmente que nunca realizou qualquer tratativa sobre a mencionada propina com a pessoa do proprietário da embargada, e que tudo se deu através de Douglas, funcionário desta última. Limitou-se a afirmar a coação reside no fato de que, diante da situação difícil em que se encontrava, com várias dívidas, aceitou a coação porque caso contrário a empresa iria à falência por isso consentiram no recebimento de pagar a propina.

Ocorre que **em nenhum momento trataram de tecer qualquer questionamento a esse respeito à pessoa de Douglas, que prestou depoimento em juízo.**

Weder Duarte da Fonseca, diretor administrativo da Warre Engenharia reconhece a existência de tratativas entre as partes, afirmando que esteve no escritório dos advogados da parte adversa com a ideia de ofertar uma área para solucionar o problema. Alega que ali esteve para "pedir a baixa da ação porque isso prejudicaria a empresa; que foi como intuito de fazer a proposta; que a ideia era **colocar uma área para solucionar o problema**".

Nesse sentido também são as declarações de **Fábio Barbosa do Prado** que reconhece que **esteve no escritório para esclarecer dúvida sobre Área da Itambé na Avenida Manchester que tinha uma servidão da Saneago, foi esclarecer que a servidão não comprometia a área;(...)** que confirma os trechos da degravação oriunda de uma reunião, afirmando que estava tendo prejuízo por conta de uma ação do dono da empresa que em abril de 2014 (...) a empresa fez proposta mas porque o processo estava dando grande prejuízo para a empresa; por isso colocaram que tinha uma área e vamos tentar resolver essa ação; **que o pedido de pagamento mesmo diante das máquinas paradas decorre do custo de mobilização/desmobilização; a servidão da Saneago não impede o uso da área. Assume que era uma possível proposta diante da condição que a empresa se encontrava em função desse processo; poderia ser uma forma de resolver a questão.**

Ricardo Oliveira Silva, que é Diretor Técnico da Warre, afirmou textualmente que ouviu dizer que Ricardo Daher somente assinou o documento porque foi coagido; **contradizendo** o que disse o Sr. Paulo Daher, afirmou a coação foi sofrida em Palmas, pelo Senhor Alvicto.

DOUGLAS SEMEDO JUNIOR, funcionário do embargado, também reconheceu que **já foi a Sede da Warre varias vezes fazer cobranças; que sofreu ameaças por parte de Paulo Daher naquelas ocasiões; que ele ia denunciar que o produto era fruto de propina e respondeu que continuariam cobrando; que passou a notícia a Alvicto; que confirma que os documentos são verdadeiros; que após todas as cobranças feitas na Warre detalhou para Alvicto e este esclareceu que isso deve-se ao fato de que ele não quis autorizar o pagamento de uma nota fria emitida**

*pela Warre, dirigida ao Estado do Tocantins; **que participou de reuniões com funcionários da empresa nas quais tentou-se dar um imóvel como pagamento;** que queriam que aceitasse o imóvel que valesse dois milhões para pagar uma dívida de 9 milhões; que foram em média três reuniões. Que existiam outros contratos entre as partes; que dentre estes não há outro contrato com tal prazo mas com outros clientes sim; que sempre houve atraso por parte da empresa; que sempre foi feita cobrança em alguns houve inclusão no Serasa; que as notas eram emitidas sempre como provisionamento do pagamento. - sem destaque no original.*

Ademais, o aresto recorrido menciona também e-mails trocados entre os representantes das empresas, sobre tratativas referentes à contratação firmada entre as partes e a proposta de dação de uma área de 21.000m² de propriedade de Warre para quitação do débito.

Confira-se (e-STJ, fl. 1.854):

Conforme conversamos hoje por telefone, no último dia 20, foi realizada uma reunião, na qual também estavam presentes, o Sr. Weder e o Sr. Douglas, oportunidade esta em que o Senhor representando a empresa devedora Warre Engenharia, fez uma proposta de dação de uma área de 21.000 m² de propriedade da Warre Engenharia para quitação do débito pleiteado na ação de execução pela empresa credora Alvicto Ozores Nogueira.

Ocorre que, a área apresentada como proposta de quitação do débito possui uma reserva ambiental, onde existe uma instituição de servidão em favor da Saneago, o que dificultaria ou até mesmo impossibilitaria a venda da mesma.

O valor atualizado do débito é de R\$ 10.041.954,69 (dez milhões, quarenta e um mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e nove centavos), mas a parte credora concorda em receber o valor líquido de R\$ 8.795.432,60 (oito milhões, setecentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e trinta e dois reais e sessenta centavos) + 05% (cinco por cento) de honorários advocatícios, no valor de R\$ 439.771,63 (quatrocentos e trinta e nove mil, setecentos e setenta e um reais e sessenta e três centavos), sendo o pagamento à vista, esta é a resposta à proposta de acordo da Warre Engenharia. Caso a devedora tenha interesse em fazer uma nova proposta, ofertando algum outro imóvel, desde que o mesmo esteja livre e desembaraçado de qualquer ônus, estamos abertos a negociação - sem destaque no original.

Desse modo, conforme devidamente delineado no acórdão recorrido, as provas dos autos demonstram a existência da contratação celebrada entre Warre e Alvicto e que originou o título executivo (termo de confissão de dívida) que ora se pretende desconstituir.

Respeitado o entendimento da eminente Min. Relatora, a hipótese dos autos difere completamente daquela relativa ao precedente da Terceira Turma desta Corte, de minha relatoria, nos autos do REsp n. 1.969.648/DF.

Isso porque, naquela situação, houve o reconhecimento de simulação envolvendo compra e venda de imóvel de um casal, com transferência de titularidade entre empresas pertencentes a pessoas da mesma família e com subordinação entre elas sem nenhuma transparência quanto ao percurso dos valores ali envolvidos.

Assim, na hipótese daqueles autos, as investigações e ações judiciais foram sopesadas, por estarem intrinsecamente conectadas a esquemas de *blindagem de patrimônio*, envolvendo as empresas e pessoas físicas que participaram daquela transação.

Aqui, a situação é completamente distinta.

Os supostos indícios de facilitação no levantamento do crédito que *Warre* possuía com o Estado de Tocantins, no valor de R\$ 18.438.033,67 (dezoito milhões e quatrocentos e trinta e oito mil, trinta e três reais e sessenta e sete centavos), em razão dos cargos que o *Alvicto* (sócio da embargada) ocupava na época, por si só, não conduzem ao entendimento de que o título extrajudicial, objeto destes autos, contivesse vício de consentimento.

Tais circunstâncias, sem sombra de dúvidas, devem ser (e são) objeto de procedimentos próprios, no âmbito das esferas criminais e administrativas, se o caso, para eventual responsabilização dos sujeitos envolvidos com práticas tidas como ilícitas.

Mas, nesses autos, tais indícios não se mostraram aptos a invalidar o negócio jurídico firmado entre as partes pelos vícios de coação, lesão ou simulação que, aliás, têm efeitos jurídicos diversos e não se misturam.

Esmiuça-se a questão.

(5) Dos alegados vícios de consentimento

(5.1) Da coação

Sobre coação, a doutrina de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JR. ensina que *(i) O ato inquinado de viciado deve ser traduzir na causa do negócio jurídico; (ii) a ameaça deve ser grave; (iii) deve ser injusta; (iv) e o temor deve ser fundado e atual ou iminente. Para viciar o consentimento a coação deve ser a causa determinante para a realização do ato jurídico; se for secundária,*

ou acidental, não enseja a anulação. Outro requisito é que o temor incutido no coacto seja justificado e fundado, de sorte que, por intermédio desse temor justificado e irresistível, o coacto venha a manifestar sua vontade em desacordo com seu íntimo querer (Instituições de Direito Civil, Vol. I, Tomo II, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 268).

No caso, há um termo de confissão de dívida celebrado por *Warre* em favor de *Alvicto*, sob a alegação de que tal negócio teria sido firmado para viabilizar o levantamento de um crédito que aquela possuía com o Estado de Tocantins, mediante paga de “propina”, supostamente, exigida por *Douglas* (preposto de *Alvicto*) - o que, frise-se, não está evidenciado nos autos.

E, ainda que *Warre* se encontrasse em uma situação falimentar, tal hipótese não caracteriza temor fundado ou, ainda, grave e injusta ameaça, mas a própria *manifestação de sua vontade livre e consciente de receber seu crédito, a qualquer custo.*

Assim, não há ocorrência de coação capaz de invalidar o negócio jurídico entabulado entre os litigantes.

(5.2) Da lesão

Warre alegou que, por se encontrar em situação falimentar, teria sucumbido a uma suposta proposta de “propina” da parte de *Douglas*, preposto de *Alvicto* o que, a seu ver, caracterizaria a lesão.

Contudo, *o mencionado preposto foi ouvido como testemunha nos autos, sem notícia de sua contradita por parte Warre e outros, e mais, com relação ao suposto pedido de propina, em nenhum momento trataram de tecer qualquer questionamento a esse respeito, como bem anotado pelo Desembargador Relator Itamar de Lima (e-STJ, fl. 1.852).*

Aliás, conforme salientado no aresto recorrido (e-STJ, fls. 1.855/1.856):

E nem se diga que a nulidade poderia também estar assentada em lesão, como apontado pelo magistrado a quo, exatamente porque em nenhum momento houve a menção a esse vício ao longo dos embargos, *nos termos decididos pelo julgador a quo, que reputou “que o negócio jurídico original, qual seja, o contrato de locação n. 043/2011, impôs excessivo custo à obra além do que, fez surgir, em determinados meses da vigência do contrato, despesas de grande monta com maquinário quando os serviços encontravam-se suspensos em virtude das chuvas” e que “diante disso, em detida análise, reputa-se que o negócio jurídico original (contrato de locação) incorreu em objeto superfaturado, fato esse que, aliado à presumida mascaração da posterior nova avença (confissão de dívida),*

mormente em virtude da ausência de comprovação do descumprimento do contrato original pelo contratante, torna clara a desmotivada confecção do segundo instrumento”.

Tal fato denota que o julgador decidiu além e fora do pedido deduzido, sendo certo que cabia à exequente invocar, ainda que como tese subsidiária, a existência de excesso de execução, caracterizador da lesão invocada pelo magistrado - sem destaque no original.

De fato, no tópico relativo a lesão, trazido na inicial dos embargos à execução opostos por *Warre*, **não** há nenhuma menção ao custo da obra ser excessivo ou superfaturado, já que embasado, unicamente, na alegação de exigência de “propina”, para viabilizar o levantamento do crédito que aquela possuía com a Fazenda do Estado de Tocantins.

Confira-se o trecho da exordial dos embargos à execução (e-STJ, fl. 13):

Do mesmo contexto fático extrai-se o ilícito de *lesão*, como forma de abuso de direito, posto que os referidos coatores obrigaram a embargante assinar o falso documento de confissão de dívida, absolutamente desprovido de lastro.

Assim, não poderia mesmo o Juízo sentenciante adentrar em matéria não invocada pelas partes, sob pena de incorrer em julgamento *extra petita*, como bem observado pelo nobre Relator do acórdão recorrido.

Ademais, referido fundamento - superfaturamento ou custo de obra excessivo - também não foi aventado nem na fase de apelação tampouco nessas razões recursais, já que, repise-se, o **único** argumento que embasa a pretensão dos recorrentes é o alegado vício de consentimento no título e contrato subjacente, motivado por suposto ajuste relativo a pagamento de “propina” entre as partes.

Desse modo, não sendo a causa de pedir constante dos autos, a temática relativa a eventual superfaturamento ou excesso de custo da obra, para fins de análise de ocorrência de lesão na contratação (e correspondente título executivo), tal circunstância não poderia nem sequer ter sido considerada pelas instâncias ordinárias e, pela mesma razão, não o pode ser perante essa Corte Superior, sob pena de inovação recursal.

A pergunta que se deve fazer, então, é: a conduta de um sujeito que aceita um suposto “pedido de propina” feito por um servidor, para viabilizar o recebimento de seu crédito com o Estado, configura lesão, a autorizar o reconhecimento de vício de consentimento?

Dispõe o art. 157 do Código Civil:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

SILVIO DE SALVO VENOSA leciona que para se caracterizar a lesão devem estar presentes, portanto, o *requisito objetivo* e o *requisito subjetivo*, sendo o primeiro o lucro exagerado, a desproporção das prestações entre um e outro contratante e o segundo, o que se chama na doutrina de *dolo de aproveitamento*, consistente na *circunstância de uma das partes aproveitar-se da outra pela inexperiência, leviandade ou estado de premente necessidade* (Teoria Geral do Direito Civil, Parte Geral, Volume 1, 5ª edição, São Paulo: ed. Atlas, 2005, p. 471/473).

Como se vê, o comportamento de *Warre* assemelha-se mais ao conceito de *venire contra factum proprium* e do *tu quoque*, na medida em que admitiu ter, supostamente, aceitado pagar “propina”, para facilitar o recebimento de recursos públicos, sob justificativa de um estado pré-falimentar.

E, valendo-se de sua própria torpeza, após receber o crédito, buscou anular o título executivo e a contratação firmada, sob o argumento de vício de consentimento de lesão, coação e simulação.

Mas o vício não pode ser invocado por aquele que lhe deu causa!

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Recurso especial. Direito Cambiário. Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Nota promissória. Assinatura escaneada. Descabimento. Invocação do vício por quem o deu causa. Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Aplicação da teoria dos atos próprios sintetizada nos brocardos latinos ‘tu quoque’ e ‘venire contra factum proprium’.

(...)

5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa.

6. Aplicação da ‘teoria dos atos próprios’, como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos ‘tu quoque’ e ‘venire contra factum proprium’, segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. *Recurso especial desprovido*

(REsp n. 1.192.678/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012)

Frise-se, ainda, que a Corte estadual reconheceu a demonstração da contratação havida entre as partes e que ensejou a emissão do termo de confissão de dívida.

Conforme assentado no acórdão que apreciou os embargos de declaração de *Warre*, de relatoria do Desembargador *Anderson Maximo de Holanda*, (assumindo o feito, após a declaração de suspeição do relator originário - e-STJ, fl. 2.166):

O acórdão assinalou “que há nos autos elementos que atestam a existência do contrato de locação de máquinas” e “provas bastantes da efetiva utilização daqueles equipamentos”, por meio das *medições realizadas durante a vigência da relação contratual, que se estendeu de dezembro/2011 a novembro/2014 (evento 03, arquivo 17), o que confronta o argumento de que a lesão consistiria no fato de os embargantes terem de se sujeitar a formalizar contrato aceitando pagar valor expressivo sem contraprestação.*

Ademais, como se sabe, “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (art. 157, CC).

Sob esse prisma, consoante fundamentado, à míngua de provas da premente necessidade dos embargantes a se submeterem à prestação desproporcional, impossível vislumbrar o vício informado. *Nesse aspecto, também não se pode afirmar que o pacto se deu por inexperiência da parte embargante, já que conforme se extrai do acervo fático-probatório dos autos, “as relações comerciais entre as partes eram corriqueiras, assim como a entabulação de confissões de dívida da natureza daquela aqui questionada (evento 3, item 17)” - sem destaque no original.*

Desse modo, ausentes os pressupostos da lesão - desproporcionalidade ou lucro exagerado (requisitos objetivos) ou inexperiência e leviandade (requisitos subjetivos), incabível se falar na ineficácia do título regularmente constituído, sob o enfoque do referido vício de consentimento, notadamente, quando se está diante de uma empresa de grande porte e que costumeiramente contrata com o Poder Público.

(5.3) *Da simulação*

Por fim, sobre a simulação, conforme precedente de minha relatoria, citado pela eminente Min. Relatora em seu voto, *na análise do vício da simulação, devem*

ser considerados os seguintes elementos: a consciência dos envolvidos na declaração do ato, sabidamente divergente de sua vontade íntima; a intenção enganosa em relação a terceiros; e o conluio entre os participantes do negócio (REsp n. 1.969.648/DF, 3ª Turma, DJe 21/10/2022).

Na hipótese, *Warre* alegou que o termo de confissão de dívida teve como fundo a promessa de “propina”, pelo levantamento de seu crédito com o Estado de Tocantins.

Segundo as alegações de seus embargos à execução (e-STJ, fls. 10/11):

24. Q. a embargante era credora do Governo do Estado do Tocantins no importe de R\$ 18.437.033,67, em razão de crédito remanescente decorrente de atualização monetária oriunda do contrato de empreitada de construção do Palácio do Governo.

25. Q. no final do ano próximo passado o representante legal da embargante foi procurado pelo senhor *Douglas Semedo Júnior*, informando que o Governo do Estado do Tocantins, via *Agência de Máquina e Transportes do Estado do Tocantins — Agetrans* -, estava com numerário suficiente para quitar o crédito supra.

Porém, informou o referido *Douglas*, que o pagamento somente seria liberando, em favor da embargante, mediante o pagamento de propina no valor de R\$ 8.795.432,00.

26. Considerando que a embargante estava em situação pré-falimentar, o representante legal, *Paulo Daher*, sucumbiu à extorsão e concordou em pagar a propina exigida.

27. Para dar legalidade ao ato ilícito, o preposto *Douglas* exigiu que a embargante firmasse o falso instrumento de confissão de dívida, objeto da presente execução, e um contrato fictício de locação de equipamentos em favor da falsa credora, aqui embargada.

28. Registra-se que o preposto *Douglas* sempre agiu em nome da embargada, na condição de gerente e procurador, e sempre em nome do sócio da empresa embargada: *Alvicto Ozores Nogueira*, que *coincidentemente*, era o Presidente da *Agetrans* e responsável direto e pessoalmente pela liberação do pagamento do crédito da embargante.

29. Q. no dia 10/12/2014 foi firmada a falsa confissão de dívida, e no dia 22/12/2014 foi depositado o crédito na conta da embargante n. 9104-9, agência: 3227-1, *Banco do Brasil*, no valor supra de R\$ 18.437.033,67. [Doc. 05]

Q. irrisignado com a extorsão, chantagem, coação e lesão praticada pelos coatores a embargante recusou ao pagamento da propina exigida.

A eminente Ministra Relatora apontou, ao menos, dezoito fundamentos pelos quais entendeu pertinentes o reconhecimento da simulação que ora

destaco: (i) título supostamente antedatado, pois o reconhecimento ocorreu somente em 2015; (ii) o fato de Alvicto, sócio da embargada, exercer cargo público; (iii) suposta facilitação no levantamento do crédito por *Warre*; (iv) proximidade entre as datas do termo de confissão de dívida e do crédito levantado por *Warre*; (v) discrepância de medições, quantidade excessiva de horas, embora a obra estivesse paralisada; (vi) desproporcionalidade do preço contratado e dos serviços prestados; (vii) desconformidade na documentação da embargante; (viii) ausência de notas fiscais; (ix) rodapé do contrato mencionar a empresa *KK Máquinas e Logística*, constituída posteriormente; (x) investigações que culminaram na prisão de Alvicto, por irregularidades em obras públicas.

Contudo, essas circunstâncias, apesar de conferirem certo grau de suspeita de ilegalidade na condutas das partes, não passam de meras ilações e conjecturas que não são aptas a autorizar a ocorrência de simulação do contrato e do título executivo incontroversamente constituído.

Sobre tais questões, o acórdão que apreciou os aclaratórios, consignou que (e-STJ, fls. 2.163/2.163 e 2.170):

Além disso, pela leitura do fragmento dos autos n. 0055229- 15.2019.8.27.2729, verifica-se que **a conduta ímproba investigada não se refere à confissão de dívida do contrato de locação de equipamentos sem mão de obra n. 043/2011, que deu origem ao presente feito executivo mas ao contrato de construção do Palácio do Governo do estado do Tocantins n. 0304/89 e as causas que motivaram a elevação do valor contratado e, por sua vez, da dívida do Estado no importe de R\$ 18.437.033,67 (dezoito milhões quatrocentos e trinta e sete mil trinta e três reais e sessenta e sete centavos).**

Vale dizer: **a demonstração de eventual improbidade administrativa na celebração e/ou execução do contrato de construção do Palácio do Governo é insuficiente para influir no julgamento desta causa, mormente se considerado que aquele processo não se destina a investigar provável coação na assinatura da confissão de dívida objeto desta execução.**

(...)

No que se refere à simulação, o ato impugnado consignou: "(...) Com efeito, muito embora digam que o título em questão teria sido simulado, o certo é que há nos autos elementos que atestam a existência do contrato de locação de máquinas cujo descumprimento deu ensejo àquele documento.

Assim como há provas bastantes da efetiva utilização daqueles equipamentos, como bem evidenciam as medições acostadas ao feito, que se encontram assinadas por representantes da executada/embargante, o que desconstrói a alegação de que os pactos teriam sido simplesmente forjados com o intento de encobrir um pedido de propina."

(...)

Todos esses elementos afastam a ideia de simulação na realização do negócio jurídico objeto do litígio, porque “se de fato não houvesse a existência de qualquer dívida atribuída à embargante, não teria ela cuidado de efetivar tratativas extrajudiciais visando saldar o débito, inclusive mediante oferta de imóvel com esse intento, o qual, todavia, não foi aceito por se mostrar de difícil alienação.”

(...)

Em relação à confissão de dívida, o ato impugnado afastou a tese de que ela seria uma obrigação acessória vinculada à principal:

“(…) Bom que se diga que o instrumento particular de confissão de dívida é título hábil a embasar a execução, independentemente inclusive do contrato de locação que lhe deu azo. Isso porque, nos termos do art. 784, inciso III, o documento particular assinado pelo devedor e por 2(duas) testemunhas configura-se como título executivo extrajudicial e, portanto, é apto a instruir o feito executivo”

(...)

Não obstante a suficiência da confissão de dívida para embasar o feito executivo, o julgado também enfrentou satisfatoriamente a tese de inexigibilidade do título pela ausência da emissão de notas fiscais ao dispor que:

“O que fica claro pelas declarações prestadas é que não houve emissão de nota exatamente porque não havia nenhuma provisão de pagamento e a emissão do documento, que se daria apenas à vista de numerário, acabaria por representar prejuízo ainda maior, diante dos vultosos valores de impostos a serem recolhidos por força de tal transação.

(...)

*Ademais, a **ausência de emissão da nota fiscal é fato incontroverso admitido por ambas as partes, sendo prática comum entre os litigantes a sua emissão apenas com o provisionamento do pagamento**, conforme atestou o sr. Douglas Semedo Júnior, gerente financeiro da empresa Alvíctio Ozores Nogueira e Cia em seu depoimento - sem destaque no original.*

Dessa forma, mais uma vez, rogando as mais sinceras vênias a eminente Ministra Relatora, não vislumbro elementos para anular o título executivo extrajudicial que embasa a execução de origem.

A despeito das desconfianças geradas pelas condutas das partes, por supostos esquemas de corrupção, seja por não emitirem notas, seja por controvérsias formais acerca da contratação que ensejou o título executivo objeto desses autos, o fato é que não se evidenciou hipótese de simulação nos autos.

Assim, ao contrário do sustentado por *Warre*, no acórdão recorrido foi reconhecida a existência de provas das tratativas negociais entre as partes que, regular ou não, eram costumeiramente realizadas daquela forma, sem muito apego à formalização, a afastar o pleito anulatório do título executivo firmado por *Warre* que, reforce-se, *ofertou imóvel para pagamento dessa dívida o qual, todavia, não foi aceito por se mostrar de difícil alienação* (e-STJ, fl. 1.853).

É o “venire”: - Ou deve, ou não deve! Se nada, como explicar a dação em pagamento?

Nesse sentido, a declaração de voto do Desembargador *Gerson Santana Cintra* (e-STJ, fl. 1.875):

Pois bem, dессome-se das provas produzidas no feito que foi pactuado o contrato de locação, bem como a confissão de dívida, os quais foram descumpridos, *corroborando tal assertiva o fato da embargante ofertar bem (imóvel) para saldar sua dívida.*

Ademais, é de sabença curial que o vício de consentimento não se presume, devendo ser cabalmente demonstrado através de prova escoimada de dúvidas, sem o que não se mostra possível invalidar transação perfeita e acabada, realizada por pessoas maiores, capazes e livres para deliberar sobre suas conveniências.

Assim, não restaram comprovados a coação, motivo pelo qual não há como reconhecer o defeito no negócio jurídico em questão, impondo-se, por conseguinte, a improcedência do pedido - sem destaque no original.

Ora, se o negócio foi simulado, porque *Warre* ofereceria um imóvel para quitação do débito? Não faz sentido.

Mais uma vez se está diante de um comportamento contraditório de *Warre* não condizente com suas alegações, cabendo aqui invocar a segunda e a terceira leis fundamentais do pensamento, isto é, a de que ‘*uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo*’ (princípio da contradição) e a de que ‘*toda coisa deve ser ou não ser*’ (princípio do meio excluído).

Desse modo, não havendo comprovação inequívoca da ocorrência de coação, lesão ou simulação na contratação e no respectivo termo confissão de dívida e mais, diante das provas concretas da existência de negociações entre as partes, inclusive, com proposta de *dação em pagamento*, a solução dada pelo acórdão recorrido mostra-se correta, sendo de rigor a improcedência dos embargos à execução opostos por *Warre*.

Portanto, ao contrário do alegado por *Sônia*, alterar tal entendimento exigiria não a mera reavaliação de fatos, mas o revolvimento do conjunto probatório, medida obstada pela Súmula 7/STJ.

Não se olvide, ainda, o entendimento já adotado no Superior Tribunal de Justiça de que (...) *a errônea valoração da prova que dá ensejo ao recurso especial é aquela que decorre de equívoco na aplicação de norma ou princípio no campo probatório, e não quanto às conclusões das instâncias ordinárias acerca dos elementos informativos coligidos aos autos do processo* (AREsp n. 1.380.879/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 5/8/2020 - sem destaque no original).

Nessas condições, rendendo minhas reiteradas homenagens à eminente Ministra *Nancy Andrighi*, divirjo do seu bem lançado voto para *negar provimento* aos recursos especiais, mantendo incólume o acórdão recorrido.

Considerando a aplicabilidade das regras do CPC/15 e o não provimento dos recursos, *majoro* em 5% os honorários advocatícios sucumbenciais fixados em favor de *Alvicto*, nos termos do art. 85, § 11 do NCPC.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Os recursos especiais interpostos por Warre Engenharia e Saneamento Eireli e Paulo Tarso Daher - Espólio e Sonia Maria Siqueira Daher foram levados a julgamento, na sessão de 14/03/2023, pela em. Relatora *Ministra Nancy Andrighi*, que conheceu parcialmente dos recursos e, nessa extensão, deu-lhes parcial provimento para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial dos embargos à execução, declarando a nulidade do título executivo extrajudicial decorrente de negócio jurídico simulado, na forma dos arts. 167, § 1º, II e III, do CC/2002 e, em consequência, julgar extinto o processo de execução.

O em. *Ministro Moura Ribeiro* apresentou voto-vista divergente em 18/04/2023, para negar provimento aos recursos especiais, entendendo não existir nos autos comprovação inequívoca de coação, lesão ou simulação na contratação, bem como por incidir, na hipótese, o óbice da Súmula 7/STJ, pois as alterações das conclusões do acórdão recorrido exigiriam o revolvimento do conjunto probatório trazido aos autos.

Nessa ocasião, o em. Ministro Marco Aurélio Bellizze acompanhou o entendimento da em. Min. Relatora.

Em razão do falecimento do em. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e do impedimento do em. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, verificou-se a

ausência de *quorum*, motivo pelo qual fui convocado, em 19/04/2023, por meio do Ofício de fl. 2.807.

Posto o debate nesses termos, passo ao voto.

O tema da controvérsia, como bem delineado pela em. Ministra Relatora, restringe-se em definir se “(I) o instrumento de confissão de dívida no qual se funda a execução consiste em negócio jurídico simulado para mascarar a promessa de pagamento de vantagem indevida a funcionário público (propina); (II) está caracterizada a ocorrência de lesão ou coação; (III) houve cerceamento de defesa; e (IV) o julgamento foi *citra petita*”.

De início, ressalta-se que, consoante entendimento desta Corte Superior, é possível, em sede de recurso especial, conferir diversa qualificação jurídica aos fatos reconhecidos na origem, o que afasta a incidência da Súmula 7/STJ. A propósito, os seguintes precedentes: AgInt no AREsp 1.846.694/MS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 10/3/2023; AgInt no AgInt no AREsp 998.655/BA, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 13/5/2022; e AgInt nos EDcl no REsp 1.772.480/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 6/8/2019.

Ademais, conforme bem exposto no minucioso voto da em. Relatora, da análise dos fatos e provas delineados nas instâncias ordinárias, é possível concluir pela comprovação da alegada simulação do negócio jurídico que embasa a execução.

Transcreve-se, a propósito, o seguinte excerto do elucidativo voto:

63. Com efeito, (I) em 26/11/2014, *Alvicto Ozores Nogueira* (Secretário de Estado), assina o Termo de Reconhecimento de Dívida do Estado em favor da *Warre*; (II) em 10/12/2014 é firmado o Instrumento Particular de Confissão de Dívida pela *Warre* em favor da *Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda* – cujo Secretário de Estado é o sócio com 99% das cotas; (III) em 19/12/2014, *Alvicto Ozores Nogueira* assina a Nota de Empenho em favor da *Warre*; e (IV) em 22/12/2014 é efetuado o depósito na conta da *Warre Engenharia*, recebendo, assim, o valor que o Estado lhe devia.

64. Houve uma sequência de atos intercalados praticados pela *Warre* e *Alvicto* (na função pública) em datas muito próximas, a demonstrar que, de fato, cada um estava cumprindo a sua parte no acordo, ficando evidente a relação entre dois eventos que, em um contexto de licitude, jamais deveria existir.

65. *Alvicto*, no exercício de suas funções de Secretário de Estado, assina o Termo de Reconhecimento de Dívida no valor de do Estado em favor da *Warre*. Trata-se de uma dívida de elevado valor (R\$ 18.438.033,67), decorrente de um

contrato antigo datado de 1989, referente à construção do Palácio Araguaia em Palmas/TO, sem qualquer indício de quando seria paga pelo Estado e até se realmente deveria ser paga. Não obstante, *Alvicto* reconhece tal dívida em detrimento do Estado e em favor da *Warre*, justamente alguns dias antes de sua sociedade ser beneficiada pela confissão de dívida firmada pela *Warre*.

66. Nota-se que a assinatura do Termo de Reconhecimento de Dívida ainda não significa o efetivo pagamento, mas indica que *Alvicto* cumpriria a sua parte no acordo, se a *Warre* cumprisse a sua.

67. De fato, *alguns dias depois de ser beneficiada pelo Termo de Reconhecimento de dívida pelo Estado, assinado por Alvicto, a Warre firma com a sociedade empresária do Secretário de Estado (Alvicto) o Instrumento Particular de Confissão de Dívida em favor desta, formalizando o negócio simulado a esconder o negócio dissimulado: a promessa da vantagem em troca do ato a ser praticado pelo Secretário de Estado, no exercício de suas funções, qual seja, a liberação do crédito que Warre tinha com o Estado de Tocantins.*

68. Na sequência, *após a Warre ter cumprido a sua parte no acordo (formalizando a propina em título executivo extrajudicial), Alvicto, na condição de Secretário de Estado, dá prosseguimento na sua parte e assina a Nota de Empenho quanto ao crédito da Warre em desfavor do Estado, de modo que, 3 dias depois, o crédito (R\$ 18.438.033,67) é efetivamente depositado na conta da Warre.*

69. *Essa sequência de eventos já consiste em forte indício a demonstrar a ocorrência de simulação para mascarar o acordo ilícito, sendo, ademais, reforçada quando analisada em conjunto com as demais circunstâncias.*

70. O Contrato n. 43/2011 que supostamente deu origem à dívida exequenda contém, no rodapé, filial da recorrida em Barueri/SP que não existia na data do contrato (1º/12/2011), *a indicar que se trata de instrumento antedatado, logo, simulado (art. 167, § 1º, III, do CC/2002), o que se reforça pela data de reconhecimento das assinaturas ocorrida em 26/1/2015, ou seja, muito depois da suposta confecção do contrato e, ainda, posterior à liberação de valores pelo Estado, por ato de Alvicto, em favor da Warre.*

71. Ademais, esse contrato tinha por objeto a locação de 20 máquinas de grande porte, por um período de 3 anos, envolvendo vultuosos valores (total de R\$ 9.800.000,00, sendo a dívida executada no valor de R\$ 8.795.432,00).

72. Apesar da magnitude do objeto do contrato e dos valores envolvidos, *a credora recorrida, proprietária dos equipamentos, não trouxe aos autos nenhuma nota fiscal a respaldar o referido contrato, tampouco notas fiscais de remessa e retorno dos maquinários.*

73. Não é crível, ao menos em um contexto de licitude, que uma sociedade empresária como a recorrida (*Alvicto Ozores Nogueira e Cia Ltda*) – com mais de 20 anos de experiência nesse mercado em específico (data de abertura em 12/12/2002), cujo sócio com 99% das quotas sociais é, também pessoa experiente

no ramo, tendo sido Secretário de Estado da Infraestrutura e Presidente da Agetrans – deixe de emitir notas fiscais, para não pagar impostos (como alegou), bem como deixe de documentar, quando da realização do negócio e de forma segura, o cumprimento da sua obrigação contratual (locação de máquinas de grande porte) em um contrato com valor tão elevado.” (g.n.)

Acrescenta, ainda, o voto da em. Relatora, que, “*enquanto a Warre apresentou elementos que demonstram a ocorrência de simulação, ALVICTO OZORES NOGUEIRA E CIA LTDA não apresentou justificativas razoáveis sobre a inegável e suspeita relação entre os negócios firmados entre elas com a liberação, por meio do sócio desta (Alvicto), na condição de Secretário de Estado, de valores pelo Estado à Warre, tampouco apresentou provas quanto à efetiva existência lícita dos serviços prestados e da dívida nesse valor, o que, em tese, seria de fácil produção, considerando a magnitude do contrato e a sua experiência no mercado*” (g.n.).

Dessa forma, verifica-se estar suficientemente comprovada a simulação do negócio jurídico que deu origem ao título executivo em discussão, diante dos fatos e provas reconhecidos nas instâncias ordinárias e muito bem examinados pela il. Relatora, bem como pela ausência de demonstração, pela recorrida, da efetiva licitude do negócio jurídico, circunstâncias que impõem a decretação da nulidade do título executivo, nos termos o art. 167, § 1º, do Código Civil de 2002.

Diante do exposto, rogando vênias à divergência, acompanho o judicioso voto da em. Ministra Relatora para dar parcial provimento aos recursos especiais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.063.132-SP (2020/0162361-8)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Gente Seguradora SA

Advogados: Laura Agrifoglio Vianna - RS018668

Lúcio Roca Bragança - RS051777

Recorrido: Juarez Pinheiro Canguçu

Advogado: João Aquiles Assaf - SP073366

EMENTA

Recurso especial. Civil. Seguro coletivo de acidentes pessoais. Garantia de diária por incapacidade temporária. Área de segurança pública. Negativa de prestação jurisdicional e deficiência de fundamentação. Não ocorrência. Prescrição. Prazo. Termo inicial. Ciência da recusa da seguradora. Sinistro. Tentativa de homicídio. Executor. Ex-interno. Localidade. Área externa. Instituição de acolhimento de menores infratores. Cobertura securitária. Cláusula restritiva. Dever de informação ao segurado. Falha. Caracterização. Objetivo da apólice. Conflito originado no interior do local de trabalho. Evento ocorrido em razão do labor. Indenização devida.

1. A controvérsia dos autos está em saber: a) se houve negativa de prestação jurisdicional, bem como deficiência de fundamentação, quando do julgamento dos embargos de declaração pela Corte estadual; b) se ocorreu a prescrição da pretensão de cobrança de indenização securitária advinda da cobertura de Diária por Incapacidade Temporária e c) se o sinistro ocorrido estava coberto pela apólice securitária, considerando os riscos e as limitações contratadas.

2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, tampouco em fundamentação deficiente, se o tribunal local motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

3. Nos contratos facultativos de seguro em geral, o termo inicial do prazo de prescrição da pretensão do segurado contra a seguradora é a data da ciência do fato gerador dessa mesma pretensão.

4. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a norma do art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil, firmou o entendimento de que o transcurso do prazo prescricional não se inicia com a simples ciência do segurado acerca da ocorrência do sinistro, mas somente após a sua ciência a respeito da recusa da cobertura securitária procedida pelo ente segurador (aplicação da teoria da *actio nata*). Afastamento da Súmula n. 229/STJ, editada com base em disposições do revogado Código Civil de 1916.

5. Na hipótese, quer se considere a data da recusa da seguradora acerca do pedido de indenização securitária, quer se considere a data

da ciência inequívoca do segurado acerca de sua incapacidade laboral temporária (laudo médico), verifica-se que o prazo prescricional anual foi observado pelo autor, devendo-se afastar a alegação de ocorrência da prescrição.

6. Nos seguros coletivos de pessoas - área segurança pública, este Tribunal Superior tem jurisprudência pacificada no sentido de que o policial (militar, civil ou federal) que falece dentro ou fora do horário de serviço, desde que no estrito cumprimento de suas obrigações legais, faz jus à indenização securitária, ainda que existam cláusulas mais restritivas previstas em apólice.

7. A garantia de Diária por Incapacidade Temporária constitui-se geralmente em cobertura oferecida juntamente com seguros de vida e/ou acidentes pessoais e abrange o pagamento de diárias em caso de impossibilidade contínua e ininterrupta de o segurado exercer a sua profissão ou ocupação, durante o período em que se encontrar sob tratamento médico.

8. No caso, considerando a falha informacional ao segurado e a interpretação a ser dada à garantia securitária, a cobertura apenas para acidentes ocorridos exclusivamente no exercício da função e no horário de trabalho nas dependências dos Centros de Atendimento e órgãos da Fundação Casa/SP é deficiente, visto que não atende ao objetivo geral da apólice coletiva de proteção dos servidores em situações de confronto com adolescentes infratores.

9. É devida a indenização securitária (no caso, cobertura de Diária de Incapacidade Temporária) advinda de seguro coletivo de pessoas - agentes e funcionários da segurança pública se o sinistro (acidente pessoal) ocorreu fora do local de trabalho do segurado, mas em razão de sua atividade laboral, sendo mera decorrência de conflito originado nas dependências da instituição, como a que abriga adolescentes infratores.

10. Recurso especial não provido.



ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de junho de 2023 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 19.6.2023

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Gente Seguradora S.A.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que *Juarez Pinheiro Canguçu*, funcionário da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação *Casa/SP*), ajuizou ação de cobrança contra a ora recorrente, buscando obter a indenização securitária advinda de seguro de acidentes pessoais coletivo, na cobertura de Diária de Incapacidade Temporária, visto que foi atingido no abdômen por projétil metálico de arma de fogo, ficando incapacitado temporariamente para o trabalho.

O magistrado de primeira instância, após afastar a preliminar de prescrição, entendeu que o sinistro estava coberto pela garantia securitária, já que “(...) o tiro foi dado por menor que havia sido internado na Fundação Casa” (fl. 149), local de trabalho do demandante. Assim, julgou procedente a demanda, acolhendo o pedido formulado na petição inicial.

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos, recebendo a parte dispositiva da decisão a seguinte redação:

(...)

Posto isto e mais o que dos autos consta, *julgo procedente* o pedido contido na inicial com fulcro no art. 485, inciso I, do CPC e *condeno* a ré ao pagamento da importância de R\$ 12.600,00, a qual deve ser acrescida de correção monetária pelo índice da Tabela Prática do TJESP, a partir do ajuizamento da ação e de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. *Condeno-a*, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor dado à causa, respeitada a gratuidade (fls. 153/154).

Irresignada, a seguradora interpôs recurso de apelação no Tribunal de Justiça local, o qual não foi provido. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Contrato de seguro de vida e acidentes pessoais coletivo. Agente da Fundação Casa baleado. Testemunhas que afirmam que os disparos foram efetuados por ex-internos da instituição, em razão de ameaças. Ré alega que as condições gerais do contrato excluem situação exógena às horas efetivamente trabalhadas e “in itinere”. Ausência de comprovação de cumprimento do dever de informação (art. 6º, III, do CDC). Condições Gerais não juntadas aos autos. Documento que informa a limitação da cobertura conforme procedimento licitatório que, ademais, não as destaca nos termos do art. 54, § 4º do CDC. Consulta ao site da ré, que não dispõe de meios para acesso às condições gerais da apólice. Recurso improvido (fl. 188).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 202/207).

No recurso especial, a recorrente aponta a violação dos arts. 489, II e III, e 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015); 206, § 1º, II, “b”, e 757 do Código Civil (CC) e 47 e 51, IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Sustenta, inicialmente, que o acórdão dos embargos declaratórios é nulo, diante da negativa de prestação jurisdicional e da deficiência de fundamentação, fazendo-se necessário que as omissões indicadas na petição dos aclaratórios sejam supridas.

Aduz também a ocorrência da prescrição, devendo ser considerado como termo inicial do prazo para a cobertura securitária de Diária por Incapacidade Temporária a data do afastamento do autor do trabalho, ou seja, o dia do início da incapacidade temporária, que se deu em 21/3/2017.

Acrescenta que

(...)

O objeto do seguro nesta cobertura é o afastamento, de modo que a ciência inequívoca do fato gerador se deu imediatamente após o Autor sofrer os disparos. Naquele exato momento era ele sabedor da necessidade de atendimento médico, da necessidade de afastamento de suas atividades, conseqüentemente, da possibilidade de recebimento de diárias por incapacidade temporária.

(...)

(...) pois em se tratando de pretensão às diárias, o fato gerador surge a partir do primeiro dia de afastamento, e não como consta no Acórdão recorrido (fl. 214).

Alega que a indenização securitária não era devida, visto que o sinistro não estava coberto, já que o atentado à vida do segurado originou-se em local

externo à Fundação Casa/SP, mas a apólice cobria apenas riscos atrelados “(...) a sinistros ocorridos durante a prestação do serviço dentro da unidade da Fundação Casa” (fl. 215).

Assevera que o contrato de seguro deve ser interpretado restritivamente, tendo havido extrapolação do risco predeterminado e contratado.

Argui que a falha no dever de informação não pode acarretar uma alteração contratual, com a distorção da cobertura contratada, devendo-se preservar o objeto da avença, sob pena de enriquecimento ilícito do segurado.

Busca, ao final, a im procedência dos pedidos formulados na petição inicial.

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 226/242), o recurso foi inadmitido na origem (fls. 243/246), mas, por ter sido provido agravo, foi determinada a reatuação do feito (fls. 290/291).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A irrisignação não merece prosperar.

A controvérsia dos autos está em saber: a) se houve negativa de prestação jurisdicional, bem como deficiência de fundamentação, quando do julgamento dos embargos de declaração pela Corte estadual; b) se ocorreu a prescrição da pretensão de cobrança de indenização securitária advinda da cobertura de Diária por Incapacidade Temporária e c) se o sinistro ocorrido estava coberto pela apólice securitária, considerando os riscos e as limitações contratadas.

1. Da negativa de prestação jurisdicional e da deficiência de fundamentação

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento a respeito de questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que a Corte local enfrentou a matéria posta em debate (cobertura securitária e predeterminação dos riscos) na medida necessária para o deslinde da controvérsia.

O nítido propósito de obter o reexame de questão já decidida, na via dos embargos declaratórios, mas à luz de tese invocada na petição recursal, na

busca de efeitos infringentes, não atende aos limites estreitos delineados no art. 1.022 do CPC/2015 (AgInt no AREsp n. 2.120.024/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 17/2/2023; REsp n. 2.019.150/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 16/2/2023, e REsp n. 1.817.729/DF, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, 21/6/2022).

Ademais, quanto à aduzida deficiência de fundamentação da decisão recorrida, cabe ao julgador apreciar os fatos e as provas da demanda segundo seu livre convencimento, declinando, ainda que de forma sucinta, os fundamentos que o levaram a solucionar a lide.

Desse modo, não há falar em falta ou em deficiência de fundamentação da decisão o não acolhimento de teses ventiladas pelas partes, sobretudo se o acórdão abordar todos os pontos relevantes da controvérsia, o que foi feito (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.662.160/DF, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 11/4/2023, e AgInt no AREsp n. 2.165.770/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 30/3/2023).

2. Da prescrição na cobertura securitária de Diária de Incapacidade Temporária

No tocante à prescrição, cabe ressaltar, de início, que a garantia de Diária por Incapacidade Temporária constitui-se geralmente em cobertura oferecida juntamente com seguros de vida e/ou acidentes pessoais.

Com efeito, a cobertura de Diárias por Incapacidade abrange o pagamento de diárias em caso de impossibilidade contínua e ininterrupta de o segurado exercer a sua profissão ou ocupação, durante o período em que se encontrar sob tratamento médico.

Quanto ao termo inicial do prazo de prescrição dos seguros facultativos em geral, a regra aplicável é a do art. 206, § 1º, II, “b”, do CC, que prevê como marco inicial do prazo prescricional da pretensão do segurado contra a seguradora a data da ciência do fato gerador dessa mesma pretensão.

Confira-se:

Art. 206. *Prescreve:*

§ 1º *Em um ano:*

(...)

II - *a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:*

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) *quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão (...).*
(grifou-se)

A Terceira Turma, ao interpretar tal norma, chegou à conclusão de que o transcurso do prazo prescricional não se inicia com a simples ciência do segurado acerca da ocorrência do sinistro, mas somente após a sua ciência quanto à recusa da cobertura securitária procedida pelo ente segurador.

Isso porque a Súmula n. 229/STJ foi editada com base em disposições do revogado Código Civil de 1916, não prevalecendo diante das novas regras trazidas pelo Código Civil de 2002, interpretadas sistematicamente, prestigiando-se também a teoria da *actio nata*.

Nesse sentido:

Civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Indenização securitária. Seguro de dano. Prescrição. Seguros em geral. Termo inicial do prazo prescricional. Recusa da seguradora.

1. Recurso especial interposto em 02/03/2021 e concluso ao gabinete em 28/10/2021.

2. O propósito recursal consiste em determinar o termo inicial do prazo prescricional da pretensão do segurado em face da seguradora nos contratos de seguro em geral.

3. *A prescrição tem como termo inicial do transcurso do seu prazo o nascimento da pretensão (teoria da actio nata). Somente a partir do instante em que o titular do direito pode exigir a sua satisfação é que se revela lógico imputar-lhe eventual inércia em ver satisfeito o seu interesse.*

4. *Com relação aos seguros em geral, na vigência do CC/16, a Segunda Seção assentou a tese de que não poderia transcorrer prazo prescricional algum enquanto a seguradora não decidisse o pleito indenizatório endereçado a ela pelo segurado. Editou-se, assim, o enunciado da Súmula 229. Todavia, ainda na vigência desse diploma civilista, passou a jurisprudência do STJ a perfilhar a tese segundo a qual o termo inicial do prazo prescricional seria o momento da recusa de cobertura pela seguradora, ao fundamento de que só então nasceria a pretensão do segurado em face da seguradora.*

5. *Com o advento do CC/02, alterou-se a redação da alínea "b" do II do § 1º do art. 206, estabelecendo como termo inicial do prazo prescricional a data da ciência do "fato gerador da pretensão". A interpretação desse dispositivo em conjunto com o*

estabelecido no art. 771 do mesmo diploma legal conduz à conclusão de que, antes da regulação do sinistro e da recusa de cobertura nada pode exigir o segurado do segurador, motivo pelo qual não se pode considerar iniciado o transcurso do prazo prescricional tão somente com a ciência do sinistro. Por essa razão, é, em regra, a ciência do segurado acerca da recusa da cobertura securitária pelo segurador que representa o “fato gerador da pretensão”.

6. Na hipótese, o Tribunal de origem considerou como termo inicial da prescrição a data do sinistro. Todavia, o prazo prescricional apenas começa a fluir com a ciência do segurado quanto à negativa da cobertura securitária, de modo que a pretensão do recorrente não está fulminada pela prescrição.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.970.111/MG, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 30/3/2022 - grifou-se)

Assim, na espécie, consoante consta na sentença, a recusa do pagamento da indenização securitária se deu após 3/3/2017 e a ação foi proposta em 29/3/2017, de modo que foi observado o prazo prescricional de 1 (um) ano.

A propósito, cumpre transcrever os seguintes trechos da sentença:

(...)

Anteriormente à vigência do Código de 2002, o entendimento era que no contrato de seguro, o termo a quo do prazo prescricional da pretensão indenizatória era a data em que o segurado tomasse ciência do sinistro, havendo suspensão na data do pedido de indenização à seguradora e voltando a correr a contagem do prazo a partir da data em que o segurado tomasse ciência da negativa de cobertura.

Surgiu então o Enunciado n. 229 do Superior Tribunal de Justiça: “O pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.”

As normas do novo Código Civil sobre prescrição, alteraram tal entendimento, pois de acordo com os arts. 189 e 206, § 1º, II, “b”, e § 3º, IX, o termo inicial do prazo prescricional não é a data da ciência do sinistro, mas, sim, a data da “ciência do fato gerador da pretensão”, sendo certo que o fato gerador da pretensão é recusa da seguradora em pagar a indenização, pois a pretensão só surge quando da violação do direito do segurado e o fato que caracteriza a violação é o inadimplemento da obrigação de indenizar.

Ao tomar conhecimento do sinistro o seu direito à percepção da indenização ainda não foi violado, mas implica em dever de comunicar à seguradora para que seja aberto o procedimento administrativo denominado regulação do sinistro, não havendo ainda qualquer violação do direito do segurado.

Na demarcação do prazo prescricional, o que está em questão é o poder de agir em juízo, a partir de uma pretensão insatisfeita. (...)

(...)

Tenho que a recusa do pagamento ocorreu após 03/03//2017 (fls. 34, porque até esta data não havia resposta da ré), ou seja violação ao direito subjetivo e daí deve ser considerado o termo para contagem de prazo que não venceu quando o autor ajuizou a ação, destarte, não ocorreu a prescrição (fls. 147/149).

Por outro lado, ainda que não se considerasse o entendimento de que o termo inicial da prescrição é a data da ciência da negativa da cobertura securitária, também não prevaleceria a tese recursal de que o marco seria a data do sinistro ou o dia do afastamento do autor do trabalho.

Isso porque, em se tratando de seguro de pessoas, a ciência inequívoca da incapacidade laboral - não sendo ela notória -, seja definitiva ou temporária, é a data do laudo médico que constata a invalidez.

Por pertinente, vale conferir as Súmulas n. 278 e 573/STJ relativas ao Direito Securitário:

O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral. (Súmula n. 278/STJ)

Nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução. (Súmula n. 573/STJ)

Além disso, cumpre trazer à colação a seguinte lição doutrinária:

(...)

III. Seguro de pessoas

No seguro de pessoas, vê-se que os principais produtos disponíveis garantem o pagamento do capital segurado em caso de ocorrência de morte, doença ou acidente que cause a incolumidade física do segurado, caracterizando o sinistro de modo a gerar o direito ao recebimento do capital segurado, pelo próprio segurado ou beneficiários.

Para as pretensões do próprio segurado em face da seguradora, como por exemplo em relação às coberturas de invalidez por acidente ou por doença, é aplicável o prazo prescricional previsto pelo artigo 206, § 1º, inciso II, alínea "b", do

Código Civil, que prevê que o prazo é anual e contado a partir “da ciência do fato gerador da pretensão”.

O prazo não se altera no caso de se tratar de seguro coletivo, como já foi assentado pela Súmula 101 do STJ, que estabelece que “a ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano”.

Quanto aos seguros que prevejam os riscos de invalidez, o STJ fixou entendimento, por meio da Súmula 278, de que “o termo inicial do prazo prescricional na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

A aplicação deste entendimento demonstra, então, que a pretensão do seguro contra a seguradora, neste caso, se iniciará a partir da data em que tiver inequívoca ciência sobre a sua invalidez, e não a partir do momento em que a seguradora negar a cobertura securitária ou pagar-lhe parcialmente a cobertura perseguida.

Diante desse quadro, os Tribunais pátrios têm fixado um entendimento uníssono que a ciência pelo segurado de sua invalidez, é a data do conhecimento inequívoco sobre o laudo pericial que constata a sua invalidez, iniciando-se a partir dessa data o prazo prescricional para que busque o recebimento do capital segurado previsto contratualmente.

(OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de; PELEGRINI, Laura. Aspectos práticos e controvertidos da prescrição nos contratos de seguro de pessoas e de danos. In: TZIRULNIK, Ernesto (org.). **Direito do seguro contemporâneo**: edição comemorativa dos 20 anos do IBDS, vol. 1, São Paulo: Contracorrente, 2021, pág. 557)

Nesse contexto, sem a avaliação médica, o segurado não saberá a extensão de eventual incapacidade nem quanto tempo ficará em recuperação, afastado das atividades laborais. Por isso o prazo prescricional não poderá transcorrer em seu desfavor, já que não poderá exercer sua pretensão contra a seguradora.

Convém asseverar que, na Diária por Incapacidade Temporária, tal pendência relativa ao tratamento médico também afeta a regulação do sinistro, pois somente após a alta médica é que vai se saber efetivamente os dias de afastamento do trabalho para o pagamento da indenização securitária contratada.

Desse modo, no caso, como se extrai do acórdão recorrido, considerando a data de 31/3/2016 como o termo inicial do lapso prescricional, ou seja, o dia da ciência inequívoca do segurado acerca de sua incapacidade laborativa, também se constata, com base na jurisprudência pretérita, o respeito do autor ao prazo prescricional anual.

Nesse sentido, o seguinte excerto do acórdão estadual:

(...)

Afirma o autor que somente teve ciência inequívoca de sua incapacidade em 31/03/2016, quando foi emitida comunicação da perícia médica do INSS que atestou sua incapacidade laborativa (fls. 17).

Impõe-se a aplicação do artigo 206, § 1º, inciso II, alínea “b”, do Código Civil, que estabelece a prescrição ânua para a pretensão do segurado contra o segurador, ou deste contra aquele, contado o prazo a partir da ciência do fato gerador da pretensão.

Pelo princípio da *actio nata*, tem-se que o prazo prescricional para a cobrança do seguro não se inicia necessariamente com o sinistro, mas conta do momento em que o beneficiário podia exercer a ação contra a seguradora.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou posição acerca do termo inicial do prazo prescricional, nas pretensões do segurado contra o segurador. É o que diz a sua Súmula n. 278, *verbis*:

(...)

Formulado o requerimento administrativo, haverá suspensão da fluência até que o segurado tome conhecimento da decisão da seguradora, quando voltar o prazo a ser contado normalmente, conforme a Súmula n. 229, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

(...)

No caso, extrai-se da prova dos autos que o autor teve ciência inequívoca da sua invalidez, ao menos desde o recebimento da comunicação que reconheceu a constatação da incapacidade laborativa (fls. 17), que foi emitida em 31/03/2016, documento em que se lê: “em atenção ao seu pedido de auxílio-doença, apresentado no dia 14/1/2016, informamos que foi reconhecido o direito ao benefício, tendo em vista que ficou comprovada que houve incapacidade para o trabalho”.

(...)

Não se pode considerar que o autor teve ciência inequívoca da incapacidade na data em que ocorreu o sinistro. Ademais, ainda que houvesse simples conhecimento de diagnóstico de patologia, isso não seria suficiente para configurar ciência da situação de invalidez. Não há nos autos outra prova que ateste que o autor teve conhecimento anterior de sua situação incapacitante.

Dessa maneira, não se tratando de invalidez notória, mas de condição que somente se verificou “a posteriori”, a ciência inequívoca da incapacidade laboral não pode ser presumida com base no simples conhecimento da patologia, dependendo de laudo médico que a declare.

Assim, havendo pedido administrativo no dia 21/03/2017 (fls. 33) o prazo prescricional voltaria a correr após a recusa no pagamento, que não ocorreu administrativamente, mas apenas com a contestação no presente processo.

Portanto, os argumentos da ré não bastam para o reconhecimento da prescrição (fls. 190/192).

Logo, quer se considere a data da recusa da seguradora acerca do pedido de indenização securitária, quer se considere a data da ciência inequívoca do segurado acerca de sua incapacidade laboral temporária, verifica-se que o prazo prescricional anual foi observado pelo autor, devendo-se afastar a alegação de ocorrência da prescrição.

3. Dos seguros coletivos de pessoas da área de segurança pública e da cobertura de Diária de Incapacidade Temporária

No que tange às cláusulas limitativas dos contratos coletivos de seguro, a recorrente aduz que o sinistro não estava coberto, já que o atentado à vida do segurado originou-se em local externo à Fundação Casa/SP, mas a apólice cobria apenas riscos atrelados “(...) a sinistros ocorridos durante a prestação do serviço dentro da unidade da Fundação Casa” (fl. 215).

Como cediço, a Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação CASA/SP) era chamada anteriormente de Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor (FEBEM), constituída sob a forma de autarquia fundacional, criada pelo Governo do Estado de São Paulo e vinculada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania. Possui como função aplicar as medidas socioeducativas instituídas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em conjunto com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) (<https://fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/a-fundacao-casa/>).

Tal ente, como estipulante, contratou com a recorrente seguro de acidentes pessoais coletivo, com cobertura de Diária de Incapacidade Temporária, em favor de seus funcionários, incluído o autor.

O contrato de seguro objetivava a proteção específica dos servidores da Fundação Casa/SP para situações de confronto com adolescentes infratores.

Na espécie, a seguradora recorrente admite, nas razões recursais, a ocorrência de falha no dever de informação ao segurado acerca das cláusulas restritivas e limitativas da apólice coletiva, de modo que, havendo dúvidas acerca

da abrangência do contrato, deverá sobressair interpretação a favor do aderente (arts. 423 e 765 do CC).

Ademais, sempre se deverá levar em conta que a execução do objeto contratual deverá atingir o fim a que se destina, com a eficácia e qualidade requeridas.

Nesse cenário, a respeito dos seguros coletivos de pessoas - área segurança pública, este Tribunal Superior tem jurisprudência firmada no sentido de que o policial (militar, civil ou federal) que falece dentro ou fora do horário de serviço, desde que no estrito cumprimento de suas obrigações legais, faz jus à indenização securitária, ainda que existam cláusulas mais severas previstas na apólice.

A propósito:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de cobrança. Contrato de seguro de vida em grupo. Morte de policial militar. Conclusão das instâncias ordinárias de que o crime decorreu de sua condição de policial. Revisão do quadro fático da causa. Descabimento. Súmula 7/STJ. Pedido de aplicação de multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. Não cabimento. Litigância de má-fé. Inexistência. Agravo desprovido.

1. Infirmar a conclusão das instâncias ordinárias acerca do contexto em que se deu a morte do policial militar exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em âmbito de recurso especial pela Súmula 7 deste Tribunal.

2. *“O policial - militar, civil ou federal - que falece dentro ou fora do horário de serviço, desde que no estrito cumprimento de suas obrigações legais, faz jus à indenização securitária. Aplicação da Súmula n. 83/STJ” (AgRg no AREsp n. 365.872/SP, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 4/5/2015).*

3. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do desprovimento do agravo interno em votação unânime. A condenação da parte agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno se mostre manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não se verifica na hipótese ora examinada.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.398.533/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 29/4/2019, DJe de 6/5/2019 - grifou-se)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Civil e Processual Civil. *Ação de cobrança de indenização securitária. Morte de policial segurado. Cobertura da apólice. Irrelevância do fato de não se encontrar em horário de trabalho. Atuação inerente ao dever funcional. Precedentes. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo interno não provido.*

(AgInt no AREsp n. 1.212.396/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/12/2018, DJe de 18/12/2018 - grifou-se)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Civil. *Seguro. Policial militar. Morte. Período de férias. Indenização. Possibilidade.* Súmula n. 568 do Superior Tribunal de Justiça.

1. O recurso especial inadmitido impugna acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. *É firme a orientação deste Tribunal Superior no sentido de que o policial que falece dentro ou fora do horário de serviço, desde que no cumprimento de suas obrigações legais, faz jus à indenização securitária. Precedentes.*

3. Na hipótese, os magistrados da instância ordinária decidiram em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 568/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.141.475/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 6/2/2018, DJe de 14/2/2018 - grifou-se)

Agravo interno. Agravo em recurso especial. *Seguro. Morte. Policial militar. Fora do horário de trabalho. Dever funcional. Reação à assalto em estabelecimento comercial. Revisão.* Súmula 7/STJ. Recurso não provido.

1. *De acordo com o entendimento desta Corte, quando demonstrado que o óbito do policial segurado ocorreu em situação em que ele agiu em razão de seu dever funcional, ainda que fora do seu horário ou local de trabalho, a cobertura securitária é devida.*

2. Inviável rever as conclusões do Tribunal de origem acerca do contexto em que ocorreu o falecimento do policial (Súmula 7/STJ).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 837.411/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/8/2016, DJe de 23/8/2016 - grifou-se)

Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. *Seguro de vida em grupo. Pleito pelo reexame de previsão contratual que exclui a indenização do sinistro. Impossibilidade.* Súmulas n. 5 e 7/STJ.

1. *O Tribunal a quo, ao cotejar o contrato avençado em conjunto com acervo probatório, reconheceu que a cláusula restritiva do risco era abusiva por colocar os*

segurados em extrema desvantagem e que o dever constitucional do policial militar requer que ele esteja sempre atuando na sua função pública como nas circunstâncias em exame, que resultaram em sinistros merecedores de indenização securitária. Entendimento diverso por meio do especial demandaria o reexame de cláusulas contratuais e do revolvimento do acervo probatório.

2. A seguradora não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 637.760/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/3/2015, DJe de 27/3/2015 - grifou-se)

Recurso especial. Execução de título extrajudicial. Seguro de vida e acidentes pessoais. Artigos 1.432, 1.434 e 1.435 do Código Civil de 1916. Fundamentação deficiente. Incidência da Súmula 284/STF. Morte de policial. Exercício de suas funções legais. Indenização. Cabimento. Ausência de discricionariedade dos agentes policiais de agir, por força de imposição legal. Art. 1.460 do Código Civil de 1916. Limitações. Necessidade de demonstração inequívoca. Princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Ausência de cláusula contratual que exclua os acidentes "in itinere". Revisão. Vedação. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

I - A não-explicação precisa, por parte da recorrente, sobre a forma como teriam sido violados os dispositivos suscitados atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do STF.

II - *O policial, seja militar, civil ou federal, que falece, dentro ou fora do horário de serviço, desde que no estrito cumprimento de suas obrigações legais, faz jus à indenização securitária.*

III - Não há discricionariedade ao agente policial em sua atuação na medida em que se depara com situações aptas à consumação de qualquer espécie de delito. Em outras palavras, cuida-se de dever funcional de agir, independentemente de seu horário ou local de trabalho, ao contrário dos demais cidadãos, realizando-se seu mister ainda que fora da escala de serviço ou mesmo em trânsito, como na espécie.

IV - *As limitações contidas no art. 1.460 do Código Civil de 1916, devem constar, de forma expressa, clara e objetiva, de modo a se evitar qualquer dúvida em sua aplicação, sob pena de inversão em sua interpretação a favor do aderente, da forma como determina o art. 423 do Código Civil, decorrentes da boa-fé objetiva e da função social do contrato.*

V - A recorrente não demonstrou, efetivamente, a existência de cláusula contratual apta a excluir eventuais acidentes denominados *in itinere*, o que enseja a vedação de exame de tal circunstância, por óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

VI - Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa extensão, improvido.

(REsp n. 1.192.609/SP, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 7/10/2010, DJe de 21/10/2010 - grifou-se)

Por sua vez, a cobertura de diárias por incapacidade é caracterizada pela impossibilidade contínua e ininterrupta de exercer o segurado a sua profissão ou ocupação, durante o período em que se encontrar sob tratamento médico (art. 19, § 1º, da Circular-SUSEP n. 302/2005, vigente à época dos fatos).

No ponto, Adilson José Campoy pondera que a garantia de diárias temporárias por invalidez se trata

(...) de modalidade em franco desenvolvimento nos tempos que correm. Especialmente desenhada para profissionais autônomos e liberais, objetiva o pagamento de diárias temporárias diante de uma invalidez, seja por acidente ou por doença, ou por uma ou por outra, conforme a definição do produto oferecido, que impeça o segurado de exercer suas atividades profissionais.

Em verdade, trata-se de um seguro de pessoas com função indenizatória (...). O objetivo deste seguro é indenizar o segurado na exata medida dos rendimentos que deixou de auferir em razão de sua inatividade profissional. Para tanto, os produtos atualmente comercializados exigem que a invalidez seja total, impedindo-o de obter qualquer remuneração durante o período de inatividade, de forma que a perda parcial de seus rendimentos não será indenizada.

(...)

Anote-se que os contratos consignam um número máximo de diárias a que o segurado fará jus em caso de afastamento, o que se denomina período indenitário.

(CAMPOY, Adilson José. **Contrato de Seguro de Vida**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 161 - grifou-se)

Conforme consta nos autos, antes de sofrer a tentativa de homicídio, o segurado vinha sofrendo várias ameaças de internos e ex-internos da fundação onde trabalha. No dia do sinistro, foi atingido por projétil metálico de arma de fogo, disparado por ex-interno, atingindo seu abdômen e incapacitando-o para o trabalho até o dia 31/3/2016, totalizando 104 (cento e quatro) dias de afastamento de suas atividades funcionais.

Assim, é incontroverso que houve situação de confronto com adolescentes infratores da Fundação Casa/SP, que se estenderam para além do estabelecimento socioeducativo. Embora o autor não tenha sido alvejado no seu local de trabalho, foi em razão dele e por ex-internos.

Nesse sentido, a sentença e o acórdão impugnado:

(...)

No mais, o tiro foi dado por menor que havia sido internado na Fundação Casa.

*O acidente não consta do item 5. “**Dos acidentes excluídos**”, portanto, o autor tem o direito a ser indenizado. Se a apólice não excluiu expressamente não pode a ré pretender excluir agora (sentença - fl. 149 - grifou-se).*

(...)

Depreende-se da exordial que o autor vinha sofrendo ameaças dos internos da Fundação Casa onde trabalha, nas semanas imediatamente anteriores, que culminaram na tentativa de homicídio, por disparo de arma de fogo, no dia 18/12/15. Em decorrência disso, ficou afastado de seu trabalho. Assim, pugna pelo pagamento de diária de incapacidade temporária no valor de R\$ 12.600,00, nos termos do certificado individual de segurado celebrado entre as partes (fls. 16).

(...)

Assim, havendo as duas testemunhas convergido e declarado que reconheceram que o autor do disparo estava dentre os ex internos da Fundação Casa, local onde trabalha o autor, citando os nomes dos envolvidos e asseverando que na mesma semana eram constantes as ameaças dos internos, infere-se que o sinistro tem relação com as atividades que desempenha. Essa leitura deve ser aplicada no “certificado individual” (fls. 16) conforme o disposto no art. 47 do CDC, que impõe que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor que prevê o pagamento de R\$ 12.600,00 para diária de incapacidade temporária (acórdão recorrido - fls. 189/197 - grifou-se).

Desse modo, considerando a falha informacional ao segurado e a interpretação a ser dada à garantia securitária, conclui-se que a cobertura apenas para acidentes ocorridos exclusivamente no exercício da função e no horário de trabalho nas dependências dos Centros de Atendimento e órgãos da Fundação Casa/SP é, por demasia, deficiente, visto que não atende ao objetivo geral da apólice coletiva de proteção dos servidores em situações de confronto com adolescentes infratores.

O sinistro, embora tenha ocorrido fora do local de trabalho do segurado, é mera decorrência de eventos (confrontos) que se iniciaram nas dependências do seu labor (Fundação Casa/SP). Foi em razão de suas atividades profissionais que o autor sofreu o acidente pessoal, provocado por adolescente infrator.

Diante da natureza dos confrontos e ameaças, a insegurança dos agentes e funcionários da segurança pública é, muitas vezes, maior fora dos locais de trabalho.

Logo, a procedência da demanda, com o reconhecimento do direito à indenização securitária, não equivale a distorcer a cobertura contratada, ainda mais considerando a falha no dever de informação e as restrições contratuais abusivas.

Noutros termos, é devida a indenização securitária (no caso, cobertura de Diária de Incapacidade Temporária) advinda de seguro coletivo de pessoas - agentes e funcionários da segurança pública se o sinistro (acidente pessoal) ocorreu fora do local de trabalho do segurado, mas em razão de sua atividade laboral, sendo mera decorrência de conflito originado nas dependências da instituição, como a que abriga adolescentes infratores.

4. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Deixo de majorar os honorários advocatícios, conforme o art. 85, § 11, do CPC/2015, visto que o percentual arbitrado na sentença (20% - vinte por cento - do valor atualizado da causa - fl. 149) já está no limite máximo.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.069.446-SP (2021/0272010-2)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Banco Santander (Brasil) S.A.

Advogados: Ricardo Luiz Blundi Sturzenegger e outro(s) - DF019535

Luiz Carlos Sturzenegger - DF001942A

Ricardo Chiavegatti - SP183217

Marcos Cavalcante de Oliveira - SP244461

Rodrigo Freitas da Silva - SP359586

Recorrido: Marcelo Martin Andorfato

Advogado: Márcio Xavier de Oliveira - SP240703

EMENTA

Civil. Recurso especial. Ação de regresso. Dívida solidária oriunda de sentença condenatória. Subtração de bens mantidos em

cofre alugado pelo antigo Banespa. Pagamento integral da condenação pelo banco. Pretensão pelo ressarcimento do prejuízo. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Violação a coisa julgada. Tese afastada. Solidariedade passiva desconstituída na relação interna dos codevedores. Dívida solidária que interessava somente ao codevedor que praticou o ato ilícito. Aplicação do art. 285 do CC. Recurso especial provido.

1. Não procede a alegação de violação aos dispositivos legais consubstanciados nos arts. 489 e 1.022 do CPC. A argumentação da parte recorrente é a de que o acórdão não teria enfrentado a tese de violação a coisa julgada. Porém, a hipótese não se amolda ao conceito de omissão, tampouco de ausência de fundamentação, pois a Corte paulista, expressamente, indicou a razão pela qual considerou que o recorrente tem o direito de exigir apenas a cota-parte que cabia ao codevedor solidário, nos termos do art. 283 do CC. O mero inconformismo da parte, com o julgamento contrário a sua pretensão, não caracteriza vício do julgado.

2. Não há que se falar em violação a coisa julgada, no caso, pois a questão relativa ao direito de regresso não restou decidida no pronunciamento judicial feito nos autos da ação indenizatória, mas apenas referida na fundamentação do v. acórdão, a título de *obiter dictum*.

2.1. “A qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada somente se agrega à parte dispositiva do julgado, não alcançando os motivos e os fundamentos da decisão judicial. Precedentes.” (AgInt nos EDcl no REsp 1.593.243/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 22/08/2017).

3. A questão trazida a debate consiste em definir se é o caso de aplicação direta da regra de solidariedade comum (art. 283 do CC), ou se a instituição financeira tem o direito de ser indenizada pela integralidade da dívida pela qual foi condenada a pagar, em ação indenizatória.

3.1. No caso em concreto, as partes foram condenadas, solidariamente, a indenizar a vítima pelos danos sofridos em decorrência do ato ilícito praticado pelo recorrido, que dela subtraiu dinheiro e joias, que estavam mantidos em um cofre, por ela alugado,

no antigo Banco Banespa que, por sua vez, falhou no dever de vigilância e proteção do conteúdo depositado sob a sua guarda.

4. A controvérsia deve ser analisada sob a perspectiva da fase interna da relação obrigacional solidária, inaugurada a partir do cumprimento da prestação originária, e não da fase externa (relação entre codevedor e credor).

4.1. Na ação de regresso por sub-rogação, nasce uma nova relação jurídica, baseada, exclusivamente, no vínculo interno entre os codevedores e fundada na responsabilidade.

5. Sob a perspectiva dessa relação interna, é inequívoco que o ato ilícito praticado pelo recorrido foi a causa determinante dos danos sofridos pela vítima e pelo dever de indenizar, em razão da subtração ilícita dos objetos por ela depositados no cofre da então instituição bancária.

6. Fracionar o ressarcimento, como fez o Tribunal estadual, implicaria um enriquecimento injustificável do recorrido à custa do recorrente, que é, justamente, o que o direito de regresso busca vedar.

7. Nesse caso, portanto, é imperioso concluir que a solidariedade passiva estabelecida na ação indenizatória interessou, unicamente ao recorrido, devendo ele arcar integralmente com a dívida, nos termos do art. 285 do Código Civil.

8. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 23 de maio de 2023 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Noticiam os autos que o *Banco Santander Brasil S/A (Santander)* ajuizou ação regressiva contra *Marcelo Martin Andorfato (Marcelo)*, alegando que foram condenados solidariamente ao pagamento de R\$ 2.489.023,30, em junho de 2014, no bojo da ação indenizatória manejada por Luciana Mota Pascoal, ex-esposa deste último. Naquele feito, restou apurado que ele subtraiu as joias e o dinheiro mantidos em um cofre por ela alugado, no antigo Banco Banespa.

Tem-se que referida obrigação foi extinta, mediante o pagamento realizado, exclusivamente, por *Santander* à autora daquela ação, de modo que pretendeu, com a presente demanda, exercer seu direito de regresso contra o codevedor *Marcelo*, a quem interessou o produto do dano causado, com fulcro nos arts. 285 e 934 do CC.

A ação regressiva foi julgada procedente para condenar *Marcelo* ao pagamento de apenas a metade do valor pago pelo *Santander*, no montante de R\$ 1.489.297,80 (um milhão, quatrocentos e oitenta e nove mil, duzentos e noventa e sete reais e oitenta centavos).

Ambas as partes apelaram.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não conheceu do recurso de *Marcelo*, por ter operado a deserção e negou provimento ao recurso do *Santander*, nos termos do acórdão assim ementado:

Contratos bancários. Ação regressiva. Sentença de procedência. Apelação do réu - Pedido de concessão da gratuidade de justiça indeferido. Determinação para recolhimento do preparo recursal (NCPC, art. art. 99, § 7º). Descumprimento. Deserção decretada. Banco-autor e réu que foram condenados solidariamente em ação indenizatória movida pela ex-esposa do réu. Banco-autor que firmou transação na ação indenizatória para quitação do débito. Réu que foi intimado para se opor à transação, mas deixou decorrer in albis o prazo concedido. Banco-autor que se sub-rogou nos direitos da credora, podendo cobrar somente a quota do réu, codevedor solidário, nos termos do CC, art. 283. Cobrança que se restringe à quota-parte devida pelo réu, pois não aplicável o art. 285, do CC, tendo em vista que a sentença reconheceu também a falha na prestação dos serviços pelo Banco-autor, daí a solidariedade. Sentença mantida. Recurso do réu não conhecido, e recurso do autor desprovido, e majorados os honorários advocatícios em desfavor do réu (NCPC, art. 85, § 1º) (e-STJ, fls. 257/264).

Os embargos de declaração opostos pelo *Santander* foram rejeitados (e-STJ, fls. 272/275).

Irresignado, o *Santander* interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, alegando a violação do art. 285 do Código Civil e arts. 1.022, II, 489, § 1º, III, 502, 503 e 508 do Código de Processo Civil, ao sustentar que (1) o acórdão recorrido não enfrentou a tese sobre a possibilidade de regresso integral, nem sobre a coisa julgada formada na ação indenizatória (processo nº 0012555-56.2000.8.26.0032), que são questões relevantes para o julgamento da causa; (2) houve violação à coisa julgada, pois o TJSP reconheceu, na ação indenizatória, que o *Santander* poderia regressar contra o *Marcelo* em ação própria, fundamentada no art. 285 do Código Civil; (3) não é o caso de aplicação direta da regra de solidariedade comum, pois a dívida interessou, integralmente, ao *Marcelo*.

O apelo nobre não foi admitido pelo TJSP (e-STJ, fls. 296/298).

Nas razões do agravo em recurso especial, o *Santander* afirmou que não incidem os óbices apontados na decisão de inadmissibilidade.

Não foi apresentada contraminuta.

Em decisão monocrática de minha lavra, conheci do agravo e, diante da relevância das questões expostas, para melhor examinar as teses, determinei a sua autuação como recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): O apelo nobre merece acolhida.

O propósito recursal, além de verificar eventual negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir se o *Santander* tem o direito de cobrar todo o montante da obrigação, ou de exigir do codevedor *Marcelo* apenas a quota-parte que lhe cabia na condenação.

(1) Negativa de prestação jurisdicional

Em que pese o inconformismo do *Santander*, verifica-se que o Tribunal bandeirante se pronunciou sobre o pedido de regresso integral, consignando que a dívida *sub judice* não interessava somente a *Marcelo*, o que afastaria a aplicação do art. 285 do CC, na espécie.

Em verdade, a pretensão recursal ostenta caráter nitidamente infringente, visando rediscutir matéria que já foi analisada. Porém, não se pode confundir

juízo desfavorável aos interesses das partes com negativa de prestação jurisdicional, ou com ausência de fundamentação. No caso, a controvérsia foi suficientemente esclarecida, de forma a se afastar a alegada ofensa aos arts. 1.022 e 489, § 1º, III, do CPC.

Vale salientar, ademais, que a jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar a conclusão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

Sob esse prisma:

Embargos de declaração no agravo interno no recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Impugnação ao cumprimento de sentença. Inexistência dos vícios suscitados.

1. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *não se reconhece a violação ao art. 1.022, do NCPC, quando há o exame, de forma fundamentada, de todas as questões submetidas à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte.*

2. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza vício do julgado.

3. O verdadeiro intento dos presentes declaratórios é a obtenção de efeito infringente, pretensão que esbarra na finalidade integrativa do recurso em tela, que não se presta à rediscussão da causa devidamente decidida.

4. *Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.*

(EDcl no AgInt no REsp 1.822.748/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 24/10/2022 - sem destaques no original).

Afasta-se, portanto, a alegada violação.

(2) Da ofensa a coisa julgada

Para amparar sua alegação de violação da coisa julgada, o Santander sustentou que na ação indenizatória (processo n. 0012555- 56.2000.8.26.0032), constou, na fundamentação do v. acórdão do TJSP, o seu direito de regresso contra Marcelo, no seguinte trecho: (...) *E não pode o banco apelante alegar enriquecimento ilícito por parte do apelante Marcelo Martin Andorfato, pois a responsabilidade solidária não exclui o direito de ressarcir-se de forma regressiva, posteriormente e em ação própria, conforme o disposto nos artigos 283 e 285 do Código Civil.*

Entretanto, não merece prosperar referida tese, na medida em que, dentro daquele pronunciamento judicial, a questão relativa ao regresso de forma integral não restou decidida, mas apenas referida na fundamentação.

Não se desconhece que o instituto da coisa julgada busca impedir, em nome da segurança jurídica, a renovação do julgamento de uma questão já definitivamente decidida (art. 503 do CPC). Ademais, o Código em vigor é bastante claro ao dispor que *não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença* (art. 504, I do CPC).

Sob essa ótica, as questões de mérito somente ficam abrangidas pela coisa julgada material nos limites do que estiver expressamente decidido no dispositivo da decisão judicial.

Comentando o art. 504, I do CPC, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, com sabedoria, pontifica:

Os motivos (puros), ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. *O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o "porquê" dessa resposta.*

(Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.276 - grifei).

Nesse sentido também é a jurisprudência desta Corte Superior:

Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Civil e Processual Civil. Impugnação ao cumprimento de sentença. Excesso de execução. Ocorrência. Soma de garantias securitárias. Limitação. Coberturas contratadas. Coisa julgada. Abrangência. Parte dispositiva do julgado.

1. O julgamento monocrático de procedência do recurso especial com base na jurisprudência dominante do STJ é possível em virtude dos arts. 932, V, "a", do CPC/2015 e 255 do RISTJ, combinados com a Súmula n. 568/STJ.

2. *A qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada somente se agrega à parte dispositiva do julgado, não alcançando os motivos e os fundamentos da decisão judicial. Precedentes.*

3. Na hipótese, os dispositivos das decisões transitadas em julgado, que estão acobertadas pela coisa julgada, conjugados com uma interpretação lógico-sistemática de toda a fundamentação lançada nas razões de decidir, indicam que

a condenação da seguradora foi limitada às garantias contratadas e apropriadas a cada parte envolvida no acidente de trânsito, que poderiam ser cumuladas, por se tratar do mesmo ente segurador. Reconhecimento de excesso de execução na soma de valores de coberturas securitárias indevidas.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.593.243/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 22/08/2017).

No caso em comento, o Colegiado acrescentou o trecho acima destacado apenas a título de *obiter dictum*, na medida em que não foi algo essencial para apoiar a conclusão do decisório de mérito, até porque a controvérsia, naqueles autos, circunscreveu-se em torno da pretensão da Luciana de ser ressarcida pelo seus danos, não sendo objeto de discussão a relação existente entre o *Banco e Marcelo*.

Daí porque, não obstante a insurgência manifestada, não se pode cogitar de ofensa aos arts. 502, 503 e 508 do CPC.

(3) Da violação do art. 285 do Código Civil

Ao dirimir a controvérsia, o Tribunal paulista afastou a aplicação do art. 285 do CC (*Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar*), nos seguintes termos:

Não é o caso, entretanto, de aplicação do art. 285, do CC, pois não se trata de dívida paga pelo Banco autor que interessava somente ao réu. Pelo contrário, de acordo com o quanto decidido no processo n. 0012555-56.2000.8.26.0032, houve falha na prestação de serviços por parte da instituição financeira, que permitiu a retirada de itens do cofre por pessoa que não possuía mais autorização a tanto, configurando prestação de serviço defeituoso, nos termos do art. 14, do CDC, sem excludentes, daí a solidariedade passiva.

Verifica-se que o v. acórdão aplicou, na hipótese, a regra geral do artigo 283 do CC, sob o entendimento de que a falha no dever de vigilância e proteção dos bens depositados sob a guarda do *Santander* originou a solidariedade passiva, de modo que a dívida não interessaria apenas a *Marcelo*. Ou seja, o fundamento utilizado pelo Colegiado se baseou na relação contratual de Luciana (credora/vítima) com o *Santander*, no sentido de que a prestação defeituosa do serviço lhe conferiria o direito de exigir apenas a sua quota-parte.

Porém é cediço que o art. 285 do CC não diz respeito ao vínculo entre os codevedores e o credor, já que, perante a ele, todos devem responder

solidariamente (art. 275 do CC). Na verdade, a exceção prevista em referido dispositivo deve ser analisada sob a perspectiva da *fase interna* da relação obrigacional solidária, inaugurada a partir do cumprimento da prestação originária.

A respeito da aplicação desse preceito legal, a doutrina costuma citar o caso do fiador, por ser a clássica situação de alguém que assume uma responsabilidade oriunda de uma dívida que é de outra pessoa:

Ao aludir à dívida que interessar exclusivamente a um dos devedores, o Código refere-se ao fato de, *pelo título, ou pelas circunstâncias, um dos devedores for o obrigado principal*. É o que ocorre com a solidariedade decorrente de fiança ou aval, em que a dívida interessa ao devedor principal.

(PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 2. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109).

JOSÉ FERNANDO SIMÃO esclarece sobre a compreensão do art. 285 do CC, nos seguintes termos:

Há dívidas que interessam exclusivamente a um dos devedores solidários. Se o locador do imóvel urbano exigir como garantia uma fiança e, por força de contrato, o fiador se tornar devedor solidário juntamente com o locatário, *o fiador não tem benefício com a dívida, apesar de ser devedor solidário*. Nessa hipótese, no momento do regresso, o fiador cobra a integralidade da dívida, sem nada abater.

(*Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 204).

Outro caso exemplificativo de aplicação da norma foi tratado no REsp 1.618.594-PR (Rel. Ministro *Herman Benjamin*, j. 15/09/2016), em que a União foi condenada, juntamente com a Eletrobrás, a restituir diferenças de empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Naquele feito, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região aplicou o art. 285 do CC, sob o fundamento de que a dívida, no caso, era exclusiva da Eletrobrás, enquanto a União era mera responsável.

Assim, nem sempre a solidariedade, na relação interna que se estabelece entre os devedores, determina a aplicação da regra da divisão igualitária (*concurso partes fiunt*). Conforme os ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ, *é mediante a ação regressiva que se restabelece a situação de igualdade entre os codevedores (...)* *Todavia, as partes dos codevedores podem ser desiguais, pois aquela presunção é relativa ou juris tantum* (*Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. Vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 71).

Por tal motivo, na ação de regresso, por sub-rogação, nasce uma nova relação jurídica, baseada, exclusivamente, no vínculo interno entre os codevedores e fundada na responsabilidade pessoal pelos atos culposos, e não na solidariedade passiva.

Sobre o tema, vale trazer os ensinamentos de DOMÍCIO WHATELY PACHECO E SILVA:

De fato, a obrigação solidária, em sua complexidade, não costuma se exaurir no cumprimento da prestação originária, ou seja, na satisfação do credor comum. É certo que, do pagamento integral, resulta a liberação de todos os devedores solidários; essa liberação não implica, no entanto, em regra, a extinção da relação obrigacional: em vez disso, *o esgotamento da primeira fase (externa) acarreta a abertura de outra (interna). Liberam-se os devedores diante do credor, mas permanecem vinculados entre si.*

(Solidariedade no Direito das Obrigações. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 202, p. 335 - grifei).

O doutrinador português ANTUNES VARELA, a propósito, leciona:

Uma coisa é a responsabilidade dos devedores nas relações externas, ou seja, perante o credor; outras, a sua responsabilidade nas relações internas, na roda dos condevedores.

(Das Obrigações em Geral. Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina: 1973, p. 639).

Desse modo, para averiguar a eventual repartição interna do peso do débito, é preciso analisar a relação entre os codevedores no caso concreto, isto é, os atos e fatos respeitantes a eles, não cabendo apenas a conclusão simplista de que cada um responde de maneira igual pela obrigação principal, até porque, como visto, a divisão proporcional prevista no art. 283 do CC constitui uma presunção meramente relativa, que admite raciocínio em contrário.

Nesse intelecto, destaca-se a doutrina de SERPA LOPES

A solidariedade só existe no tocante às relações entre devedores e credor. Uma vez extinta a dívida, o que daí por diante surge é um complexo de relações entre os próprios codevedores, desaparecendo, inteiramente, qualquer vestígio da situação originária. Tudo quanto, a partir dessa nova fase, importa, é a apuração ou o rateio da responsabilidade entre os próprios codevedores, sob um aspecto da mais intensa divisibilidade, pois tão somente resta partilhar entre todos a quota atribuída a cada um no débito extinto.

(Curso de Direito Civil. Vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 157-158 - grifei).

Inclusive, mais uma vez, cabe lição de ANTUNES VARELA que, de forma muito clara, enuncia:

Nada impede (...) que sejam desiguais a quotas dos convededores, podendo inclusive suceder que quem cumprir tenha o direito de cobrar-se por inteiro junto de um ou de alguns dos convededores (...).

(Ob. cit., p. 638).

No caso presente, sob a perspectiva dessa relação interna, é inequívoco que o ato ilícito praticado por *Marcelo* foi a *causa determinante* pelos danos sofridos por Luciana e pelo dever de indenizar, devendo responder sozinho em razão da subtração ilícita de objetos depositados pela ex-mulher, tal como inquestionavelmente reconhecido pelo Tribunal estadual, na ação indenizatória. O *Santander*, por sua vez, foi responsabilizado por fato do serviço (art. 14, do CDC), pois não tomou as medidas adequadas para a guarda do conteúdo do cofre.

A fundamentação da sentença proferida naquele feito, disponível no sítio eletrônico do Tribunal de São Paulo, demonstrou, claramente, a conduta ilícita de *Marcelo*, merecendo, aqui, ser reproduzido o seguinte trecho:

No que diz respeito à responsabilidade do réu *Marcelo Martin Andorfato*, conforme acima salientado, ficou comprovada sua incursão na agência bancária e a subtração do conteúdo existente no cofre da autora. Suas alegações de que esteve na agência bancária com outra finalidade foram derrubadas, tanto na fase da investigação policial do fato, quanto na instrução do presente feito. Inverossímil, porque não risível, a alegação de que lá esteve para contratar a locação de um cofre e lhe foi permitido o acesso à sala de cofres, desacompanhado, apenas para se certificar do tamanho que melhor iria atendê-lo.

Com efeito, o depoimento da testemunha *Francisco Fernando Sala* (fls. 581), funcionário do banco que atendeu *Marcelo* no dia dos fatos, é conclusivo, no sentido de que *Marcelo* esteve na agência, no período da manhã, antes do início do expediente, ocasião em que, *de posse de uma cópia da chave, teve acesso ao cofre da autora e de lá saiu carregando alguma coisa.*

Diante desse cenário, malgrado a indiscutível falha no sistema de segurança bancário, forçoso concluir que o único beneficiado com a fraude perpetrada foi *Marcelo*, razão pela qual ele tem responsabilidade exclusiva na dívida decorrente dos prejuízos advindos do aludido ato ilícito, porquanto é da lei que, aquele que viola direito e causa dano a outrem deve indenizar (arts. 186 e 927 do CC).

Nessa linha, o art. 280 do CC preconiza que o codevedor culpado pelos juros de mora responderá, aos outros, pela obrigação acrescida. Ou seja, somente

o culpado pelos juros decorrentes do ilícito extracontratual (responsabilidade aquiliana, baseada no art. 186 do CC) deverá suportar o acréscimo, ainda que, sob o prisma das relações externas, todos os coobrigados respondam por esses juros (TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 93).

Conquanto o *Santander* responda objetivamente pelos riscos decorrentes de sua atividade lucrativa (sendo, inclusive, nesse sentido o enunciado da Súmula n. 479 desta Corte Superior), essa obrigação é solidária apenas na relação externa entre ele e a credora. Já na relação jurídica obrigacional interna, observa-se que *Marcelo agiu exclusivamente em seu próprio interesse*, o que culminou com a constituição da obrigação principal.

A propósito, estudando os efeitos do inadimplemento da obrigação solidária, BRUNO MIRAGEM diz:

O inadimplemento da obrigação solidária a que tenha dado causa um ou alguns dos devedores solidários provoca distintos efeitos em relação aos culpados e aos demais coobrigados. Em relação ao conteúdo original da obrigação, de sua prestação tal qual definida como objeto da relação entre credor e devedores solidários respondem todos. Entretanto, *se o inadimplemento é causado pelo comportamento de apenas um ou alguns devedores, somente estes, que deram causa, responderão pelos seus efeitos diretos*. É disciplina que está conforme a relação de causalidade entre o inadimplemento e seus efeitos que devem ser suportados por aqueles que lhe tenham dado causa.

(Direito das Obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 116 - grifei).

Fracionar o ressarcimento, como fez o Tribunal estadual, implicaria admitir que o *Santander* foi conivente com o ato ilícito, o que não se admitiu. Sua falha em impedir o infortúnio não significa que colaborou dolosamente para a prática do delito, pelo contrário, o episódio em nada lhe aproveitou, só lhe causou prejuízos.

Dessarte, a responsabilidade do *Santander* deve ser apenas perante a consumidora, já que em face de *Marcelo* a instituição financeira foi também uma vítima.

Não é jurídico que alguém se torne responsável pela culpa alheia, devendo, ao contrário, cada um responder por aquela em que incorrer. Eventual entendimento contrário levaria a um enriquecimento injustificado de *Marcelo* à custa do *Santander*, que é, justamente, o que o direito de regresso busca vedar.

Com efeito, não seria razoável permitir que *Marcelo* devolvesse apenas metade daquilo que se apropriou ilícitamente, impedindo o *Santander* de rever, regressivamente, a totalidade de uma dívida que, repita-se, não lhe dizia respeito.

Nesta toada, o ilustre BRUNO MIRAGEM assevera:

Por fim, mencione-se o caso da solidariedade passiva, geralmente fixada em lei, por *dívida de indenização relativa à reparação de danos*. No caso da existência de codevedores solidários, aquele que paga a indenização, não sendo ele o próprio causador do dano, terá como exercer o direito de regresso *pelo todo da prestação, contra o causador do dano*.

(Ob. cit., p. 120-121 - grifei).

Ilustrativamente, confira-se a seguinte decisão monocrática

Recurso especial. Ação regressiva. Violação a dispositivos constitucionais. Inviabilidade de exame pelo STJ. Condenação solidária em reclamação trabalhista. Dívida constituída em benefício exclusivo da autora. Ausência de direito de regresso. Revisão do julgado. Inviabilidade. Incidência da Súmula 7/STJ. Dissídio prejudicado. Fundamentos do acórdão não impugnados. Súmula 283/STF. Violação à coisa julgada. Razões recursais dissociadas do julgado estadual. Súmula 284/STF. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.931.297-PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 28/10/2022).

Embora se trate de hipótese fática distinta, a *ratio decidendi* do precedente acima possui aplicabilidade à situação retratada nos autos, no sentido de que a responsabilidade solidária reconhecida na sentença trabalhista não impede que a parte exerça ação de regresso, por sub-rogação, pela integralidade da dívida contra o codevedor que foi o único beneficiado pelas circunstâncias que geraram o débito.

Importante reiterar ser inequívoco, nos autos, que o ato ilícito praticado por *Marcelo* foi a causa determinante pelos danos sofridos por Luciana, visto que ele, sem autorização e valendo-se de uma cópia da chave dela, teve acesso ao cofre da ex-mulher, de onde subtraiu seus pertences, conforme expressamente consignado na sentença prolatada na demanda indenizatória.

Portanto, considerando as circunstâncias peculiares do caso, é imperioso concluir que incide a exceção prevista no art. 285 do CC, já que a solidariedade passiva estabelecida na ação indenizatória interessou, unicamente, *Marcelo*, tornando-o responsável pelo ressarcimento integral do montante pago pelo *Santander* para o adimplemento da condenação.

Diante do exposto, com a devida vênia, impõe-se a reforma do julgado recorrido.

Nessas condições, *dou provimento* ao recurso especial, a fim de condenar *Marcelo* ao pagamento integral do débito, no valor de R\$ 2.978.595,61 (dois milhões, novecentos e setenta e oito mil, quinhentos e noventa e cinco reais e sessenta e um centavos).

Ficam mantidos o índice de atualização do débito e a distribuição do ônus da sucumbência determinados na r. sentença.

É como voto.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Serviços Gráficos - STJ